







**ZLATA DRNAS DE CLEMENT**



**ERNESTO J. REY CARO**  
**MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ DE TABORDA**

---

**Directores**

**ESTUDIOS DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL**

**EN HOMENAJE A LA DRA.  
ZLATA DRNAS DE CLEMENT**

Córdoba  
2014

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

Estudios de derecho internacional en homenaje a la Dra. Zlata  
Drnas de Clement /  
Ernesto J. Rey Caro ... [et.al.] ; dirigido por Ernesto J. Rey Caro y  
María Cristina Rodríguez. - 1a ed. - Córdoba : Advocatus, 2014.  
1028 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-551-250-4

1. Derecho Internacional. I. Ernesto J. Rey Caro II. Ernesto J. Rey  
Caro, dir. III. Rodríguez, María Cristina, dir.

**CDD 341**

Fecha de catalogación: 11/06/2014

**ADVOCATUS**

Obispo Trejo 181 - Córdoba  
editorial@eadvocatus.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en Argentina

## TEMARIO

### LA FUERZA DEL TRABAJO

La regulación del aprendizaje industrial en la primera mitad del siglo XIX

*Marcela Aspell*

### VARIACIONES SOBRE DOS TEMAS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

*Julio Barboza*

### A PROPÓSITO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

*Víctor Bazán*

### REFLEXIONES SOBRE LA CRISIS DEL EURO Y DE LA UNIÓN

*Antonio Remiro Brotóns*

### *QUOUSQUE TANDEM* NACIONES UNIDAS....

*Rose Cave*

### NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA INMUNIDAD DEL ESTADO

*J. Alejandro Consigli*

### LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO SOBRE LOS ACUÍFEROS TRANSFRONTERIZOS

*Lilian del Castillo*

### EL MERCOSUR: 20 AÑOS DESPUÉS

*Adriana Dreyzin de Klor*

### APORTE DE LA DINÁMICA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO AL DERECHO INTERNACIONAL

*María del Luján Flores - Carlos Sapriza*

CONSECUENCIAS DEL HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL EN  
EL CASO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES (A  
LA LUZ DEL PROYECTO DEFINITIVO DE ARTÍCULOS DE LA  
COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL)

*Cesáreo Gutiérrez Espada*

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA APLICACIÓN DEL  
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

*Hortensia D.T. Gutiérrez Posse*

LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL  
DE JUSTICIA DE 1 DE FEBRERO DE 2012 A PETICIÓN DEL  
FONDO INTERNACIONAL DE DESARROLLO AGRÍCOLA

*Manuel Hinojo Rojas*

DOLLARIZATION AND EUROIZATION - LEGAL AND  
ECONOMIC PROBLEMS THE INTRODUCTION OF A FOREIGN  
CURRENCY AS A NATIONAL CURRENCY ON THE GLOBAL  
AND EUROPEAN LEVEL

*Waldemar Hummer*

EL TERRITORIO INSULAR A LA LUZ DEL FALLO DE LA  
CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 2012

*María Teresa Infante Caffi*

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR  
VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Hugo Llanos Mansilla*

MUTACIONES EN LAS RELACIONES DIPLOMÁTICAS  
CONTEMPORÁNEAS

*Manuel Morales Lama*

ADOPCIÓN INTERNACIONAL VICIADA Y PROTECCIÓN DEL  
NIÑO MEDIANTE EL DESPLIEGUE DE LA COOPERACIÓN  
INTERNACIONAL

*María Susana Najurieta*



LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *JURA NOVIT CURIA* POR  
LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE  
DERECHOS HUMANOS

*Rafael Nieto Navia*

EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN EL DERECHO  
INTERNACIONAL PÚBLICO

*Arturo Santiago Pagliari*

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A SER  
CONSULTADOS. APORTES DE LA CORTE  
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*María Teresa Ponte Iglesias*

THE HUMAN RIGHT TO WATER AND SANITATION:  
The Challenges of its Application in Latin America

*María Querol*

LA DEMOCRACIA EN LA ERA DIGITAL  
Una mirada desde el ámbito latinoamericano

*Beatriz M. Ramacciotti*

MERCOSUR Y MEDIO AMBIENTE.  
REALIZACIONES Y PERSPECTIVAS

*Ernesto J. Rey Caro*

CONTRASTES ENTRE LAS CONCEPCIONES TEÓRICAS, LOS  
CRITERIOS JURÍDICOS Y LAS DECISIONES POLÍTICAS DE  
LOS ESTADOS EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE  
ESTADOS Y DE GOBIERNOS

*María Cristina Rodríguez de Taborda*

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL

*Graciela R. Salas*

THE HUMAN RIGHT TO WATER  
*Marco Parriciatu- Francesco Sindico*

LA RELACIÓN ENTRE LA VIOLACIÓN GRAVE DE UN  
TRATADO Y EL ESTADO DE NECESIDAD

*María Alejandra Sticca*

DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

*Amalia Uriondo de Martinoli*

LA COOPERACIÓN Y AUXILIO PROCESAL  
INTERNACIONALES: PRINCIPIOS E INSTITUTOS A INCLUIR  
EN UNA LEGISLACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL  
UNIFORME DE FUENTE INTERNA

*María Elsa Uzal*

THE 1995 INTERIM ACCORD AND MEMBERSHIP OF THE  
REPUBLIC OF MACEDONIA IN INTERNATIONAL  
ORGANIZATIONS

*Budislav Vukas*

## AUTORES

**Marcela Aspell.** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Academia Nacional de la Historia de la República Argentina. Catedrática de Historia del Derecho Argentino. Es autora de numerosas publicaciones e investigadora principal del Consejo Nacional de Investigaciones Técnicas y Científicas.

**Julio Barboza.** Embajador argentino. Presidente y miembro del Tribunal Administrativo y de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Embajador por la República Argentina. Catedrático de Derecho Internacional Público en universidades nacionales.

**Víctor Bazán.** Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor Invitado de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en diversas Universidades argentinas y del exterior. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (París); de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (donde ha ocupado diversos cargos directivos, entre ellos el de Director de la Sección de Derechos Humanos en los períodos 2005/2007, 2007/2009 y 2009/2011), y de otras entidades académicas nacionales e internacionales. Investigador Visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

**Antonio Remiro Brotóns.** Antonio Remiro Brotóns es Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma

de Madrid. Ha dictado cursos en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (1984), en el Colegio de México (1993), en l'Institut de Hautes Études Internationales de la Universidad Pantheon-Assas (Paris I) (2000 y 2010) y en el Institut de Hautes Études Internationales de Ginebra (2003). Profesor invitado del Curso de Derecho Internacional de la OEA en Río de Janeiro (2000 y 2006).

**Rose Cave:** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Abogada. Profesora asistente de la Universidad de Chile y Editora de la revista Estudios Internacionales del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional y del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional.

**J. Alejandro Consigli.** Ex docente de Derecho Internacional Público en las Universidades Nacional de Córdoba y Nacional de Buenos Aires, en la Universidad Austral y en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Ex Director del Instituto de Derecho Internacional del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. Ex Rector de la Universidad Austral. Actualmente es Rector de la Universidad Blas Pascal (Córdoba, Argentina).

**Lilian del Castillo Laborde.** Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, ha publicado *El Régimen Jurídico del Río de la Plata y su Frente Marítimo* (2005), traducido al inglés por la editorial Martinus Nijhoff, *La gestión del Agua en la Argentina* (2006), *Los Foros del Agua* (2010), *El Derecho Internacional en la Práctica Argentina* (2012), y ha editado el volumen sobre *Contaminación Fluvial. Casos Sudamericanos* (2012). Desde 1995, como Directora del Comité sobre «Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur» del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), ha editado la serie sobre *Diplomacia Argentina en las Naciones Unidas*. Ha publicado artículos sobre inmunidades de jurisdicción, uno de los temas de su especialidad, así como sobre el régimen jurídico de los recursos naturales compartidos, medio ambiente y derecho humanos, entre otros.

**Adriana Dreyzin de Klor.** Catedrática de Derecho internacional privado y de Derecho de la integración regional. Universidad Nacional de

Córdoba, Argentina. Miembro de la lista de árbitros de MERCOSUR por Argentina. Ex consultora jurídica de la Secretaría MERCOSUR, Montevideo, Uruguay.

**María del Luján Flores.** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Doctora en Diplomacia. Asesora Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores. Profesora de Derecho Internacional Público. Asesora para Asuntos de la Corte Penal Internacional. Fue Presidenta de la Sexta Comisión (AG. Naciones Unidas. Presidenta de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (OEA). Representante Permanente Adjunta del Uruguay ante las Naciones Unidas. Representante Permanente del Uruguay ante la OEA.

**Cesáreo Gutiérrez Espada.** Ha sido miembro, en calidad de asesor, de la Delegación del Gobierno español ante la Comisión sobre la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos y ante el Comité sobre el reforzamiento del principio de prohibición del uso o amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales de la ONU. Ha formado parte del Comité de Redacción de la Revista Española de Derecho Internacional (2001-2009), es miembro del Consejo Editorial de la Revista General de Derecho Comunitario (2003) y, asimismo, codirector del Anuario Español de Derecho Internacional (2006).

**Hortensia D.T. Gutiérrez Posse.** Profesora Emérita. Universidad Nacional de Buenos Aires. Premio a la Producción Científica y Tecnológica 1995 (UBA). Dirigió trabajos de investigación y dictó cursos y conferencias en Universidades de la Argentina y del exterior. Consejera del CARI (PK), Miembro del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional y Miembro del Board of Editors del Yearbook on International Humanitarian Law, del TMC Asser Instituut de La Haya, entre otras instituciones. Miembro de la Misión Especial de la Argentina ante la Santa Sede para las negociaciones con Chile por la Zona Austral como asesora en derecho internacional. Autora de numerosas publicaciones en el área de su especialidad. Integró el Poder Judicial de la Nación. Premio Konex 2006: Derecho Procesal, Internacional y de la Integración.

**Manuel Hinojo Rojas.** Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Córdoba (España).

**Waldemar Hummer.** Professor in the Institute of European Law and International Public Law. University de Innsbruck (Austria ) Dr. iur. (1964) and Dr. rer. pol. (1967) (Univ. of Vienna). Legal Adviser to the Argentine Embassy, Vienna (1967-1970). Research Assistant at the Institute of Public International Law and International Relations (1970-1977) (Univ. of Linz). Dr. phil. (1974) (Univ. of Salzburg). Habilitation, *venia docendi* for Public International Law and European Law (1977) (Univ. of Linz). Full Professor (1983 ff.) (Univ. of Innsbruck). Director of the Institute of Public International Law and European Law (1983-2005) (Univ. of Innsbruck). Professor Emeritus (2012).

**María Teresa Infante Caffi.** Académica de la Universidad de Chile. Ex Directora del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Co-directora del Programa Máster in International Law, Universidad de Chile/Universidad de Heidelberg. Directora de Fronteras y Límites del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

**Hugo Llanos Mansilla.** Profesor titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Central de Chile y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. LL.M en la Universidad de Harvard, EEUU. Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

**Manuel Morales Lama.** Diplomático de carrera de la República Dominicana que actualmente ostenta el rango de Embajador. Profesor universitario y autor de varias obras y trabajos académicos sobre Derecho internacional y Derecho diplomático, fue Presidente del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho internacional (2010-2012).

**María Susana Najurieta.** Doctora de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en carrera de grado y en la Maestría en Derecho Internacional Privado. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

**Rafael Nieto Navia.** Miembro del *Institut de Droit International*; miembro del Grupo colombiano de la Corte permanente de Arbitraje desde 1988; ex embajador de Colombia ante los países escandinavos; ex juez

de la Cámara de Apelaciones de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda; ex juez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; ex miembro 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.

**Arturo Santiago Pagliari.** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Catedrático de Derecho Internacional Público de la citada institución. Miembro Fundador de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro y Presidente (2008-2010) del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

**Luis Cruz Pereyra.** Profesor de Derecho Internacional Privado: Titular Facultad de Derecho (UNCa); Profesor Adjunto, Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UNC); Profesor Titular Facultad de Derecho (UCES, Sede San Francisco). Profesor de Postgrado. Par Evaluador de Proyectos de Investigación MINCyT. Docente-Investigador: Categoría II. Autor de numerosas publicaciones sobre su especialidad. Secretario de ECSA-Argentina. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Director del Anuario Argentino de Derecho Internacional.

**María Teresa Ponte Iglesias.** Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad de Santiago de Compostela-España. Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

**María Querol.** Argentine jurist, who holds a *diplôme d'études supérieures* in International Relations with specialization in International Law and a PHD in International Law from Geneva's Graduate Institute of International and Development Studies. She has been both an assistant and an associate professor of International Law at the Law Faculty of Austral University in Buenos Aires. She has also been a researcher at the Department of International Law and International Relations of the same

University, a guest fellow at Max-Planck Institute of International Law and a doctoral scholar at the Hague Academy of International Law. As regards her professional background, she has worked both at the Argentine Ministry of Foreign Affairs, International Trade and Worship and as an independent international law consultant. She is a member of the American Society of International Law, of the Asian Society of International Law, of the International Law Association and of IUCN's Commission on Environmental Law.

**Beatriz M. Ramacciotti.** Abogada (Universidad Católica del Perú), Magister en Asuntos Internacionales (Fletcher School of Law & Diplomacy, Tufts University) y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Ha desempeñado distintos cargos en el ámbito público y privado, entre otros, Profesora y Directora de la Base de Datos Políticos de las Américas (Georgetown University, Washington, D.C); Embajadora del Perú ante la OEA; Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional de la Haya; Profesora de Derecho Internacional y Directora del Instituto de Estudios Internacionales en la Universidad Católica del Perú.

**Ernesto J. Rey Caro.** Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Catedrático de Derecho Internacional Público. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Director del Instituto de Derecho Internacional y de la Integración de la citada institución.

**María Cristina Rodríguez de Taborda.** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de los Institutos de Derecho Internacional y de la Integración y del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

**Graciela R. Salas.** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de los Institutos de Derecho Internacional y de la Integración y del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.



**Carlos Sapriza.** Doctor en Derecho. Egresado de la Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga. Maestría en Política y Derecho de la Integración. Diplomático. Fue Jefe Alterno de la Embajada del Uruguay en Guatemala (2001-2006), Arabia Saudita (2008-»011) y Suiza (2011-2013). Participó en distintas negociaciones internacionales en Uruguay y el extranjero.

**Marco Parriciatu.** LLM University of Bologna. Visiting Researcher at the Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy, University of Dundee (2011), UK.

**Francesco Sindico.** Reader in International Environmental Law, School of Law, University of Strathclyde, Glasgow and Honorary Lecturer in International Law, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy, University of Dundee (UK).

**María Alejandra Sticca.** Doctorando en Derecho (UNC). Magister en Cooperación Internacional al Derecho. Especialista en Aspectos Jurídicos del Mercosur. Abogada. Lic. en Relaciones Internacionales. Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (Sede San Francisco) y en la Universidad Empresarial Siglo 21. Investigadora Categoría III.

**Amalia Uriondo de Martinoli.** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora Titular, Cátedra «B», Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Par Evaluadora de Proyectos de Investigación. Docente-Investigadora Categoría I. Profesora de Posgrado en Universidades nacionales y extranjeras. Autora de libros, capítulos y artículos publicados en el país y en el extranjero. Miembro de Asociaciones de Derecho Internacional.

**María Elsa Uzal.** Escribana y Abogada graduada con diploma de honor en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Doctora en Derecho graduada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Catedrática de Derecho Internacional Privado (1984-1996)

en la Universidad del Salvador. Profesora de Grado y Postgrado de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

**Budislav Vukas.** Professor of Public International Law (retired), Faculty of Law, University of Zagreb. Lectured at all the universities in Croatia, many universities in foreign countries and The Hague Academy of International Law (1992). Member of the Institut de Droit international (since 1991); the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations of the International Labour Organisation (1985-2006); Permanent Court of Arbitration (1989-1991 and since 1999); International Tribunal for the Law of the Sea (1996-2005; Vice-President 2002-2005); judge *ad hoc* in two cases before the International Court of Justice (since 2000).

## **“Libro Homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément”**

*Un texto de Homenaje a una Profesora Emérita de una Facultad de Derecho que acaba de cumplir 222 años en una Universidad que festeja sus cuatrocientos años, y donde desde 1610, al constituirse el Colegio Máximo, ya se enseñaba Derecho.*

### **PRÓLOGO**

En 1599, cuando apenas la ciudad había cumplido un cuarto de siglo, llegaron a estas lejanísimas y extrañas tierras de Córdoba de la Nueva Andalucía hombres verdaderamente extraordinarios, *hombres que pensaban que podían cambiar el destino del mundo. Y estos hombres fundaron nuestra Universidad de Córdoba del Tucumán.*

Y lo hicieron con un sencillo programa de trabajo que está impreso en la piedra de su Escudo Real: *Ut portet nomen meun coram gentibus.*

Lleven mi nombre entre las gentes, es decir trabajen.

La preocupación evangélica y misional que le significó el Nuevo Mundo a la corona española, encontró inequívocas muestras de tan honroso destino en la fundación de las casas de altos estudios para el adelantamiento moral, social y cultural de las Indias.

No persiguió otro fin el establecimiento de las universidades que aparecieron desde las entrañas mismas de la conquista, señalando altos rumbos en la colonización de los territorios de ultramar.

La considerada primera de ellas, creada en 1538, aunque su fecha de fundación y su atribuida *primatura* aun da lugar a encendidas polémicas.

cas <sup>1</sup> corresponde a Santo Domingo, pero los modelos que guiaron la fundación de los diversos núcleos universitarios fueron las también tempranas universidades de las capitales de los virreinos de Perú y Nueva España, erigidas respectivamente en el 12 de mayo de 1551 y el 21 de septiembre de 1551 en Lima y México. Son las universidades de San Marcos y San Pablo.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> La Bula de *In Apostolatus Culmine* de Paulo III del 28 de octubre de 1538 atendiendo la solicitud de los padres dominicos creaba la Universidad de Santo Domingo pero dicha Bula fue invalidada por Fernando VI ante la falta expresa del *pase regio*, razón por la cual se prohibió a la Universidad de Santo Tomás autotitularse primada, en razón de resultar ofensivo para las Universidades de Lima y Méjico. El original de dicha Bula a quien un estudioso del tema, Fray Cipriano de Utrera llama *la mítica Bula* se ha perdido y solo existe una suma de la misma en los libros registro del Archivo Vaticano y copias en el Archivo General de Indias. La creación regia de la Universidad de Santo Domingo llegaría de la mano de Felipe II el 2 de febrero de 1558. Por su parte la Real Cédula dictada en Aranjuez el 2 de agosto de 1758 disponía con relación a la dominicana Universidad de Santo Tomás que “*por no haver exhibido la Bula original de erección y aunque lo huviera ejecutado le faltaba mi real condescendencia y el pase de mi Consejo de las Indias para su uso, sin lo qual no podía tenerle en esos mis Dominios... y teniendo presente el respeto que se me debe, y que es propio mía la pregorrativa de declarar semejantes preferencias y primacías y que (la Universidad de Santo Tomas) se titulo Universidad Primada de las Indias injuriando en esto no solo a la de vuestro cargo sino también las de México y Lima ... primacia que no tiene nio yo le avia concedido a la de santo Tomas... .. declaro no competer a la mencionada Universidad del Colegio de santo Tomas el titulo de Primada ni otyro alguno que denote anterioridad o preheminiencia*” Conforme Fray Cipriano de Utrera O.M. Universidades de Santiago de la Paz y de Santo Tomas de Aquino y Seminario Conciliar de la Ciudad de Santo Domingo de la isla Española. Con las licencias ordinarias y de la Orden. Padres Franciscanos Capuchinos. Santo Domingo 1932, pag 334-335.

<sup>2</sup> Aún genera polémica la antigüedad de cada casa de estudio. San Marcos ha luchado siempre por resguardar el carácter de universidad primada en América. Sus historiadores, cronistas y graduados atribuyeron su origen al Capitulo General de la Orden de los Dominicos celebrada en Cuzco en 1548 que estableció el estudio general en el Convento de Santo Domingo como el precedente de la Fundación llevada a cabo por el Emperador Carlos V el 12 de mayo de 1551. De este modo los sanmarquinos Antonio de León Pinelo y Fray Antonio de la Calancha expresaron respectivamente “*Es la de Lima la primera de las Universidades de Indias. Su principio fue en el monasterio de Santo Domingo por el año de 1549 y allí fue aprobada*” en tanto el segundo afirmaba: “*Fue la real Universidad de Lima la primera que se fundó en las Indias el año de 1540*” Citado por Miguel Marticorena Estrada San Marcos de Lima.

En nuestro territorio impusieron su huella indeleble, además de nuestra *Universitas Cordubensis Tucumanae*, las universidades de San Francisco Javier (Charcas o Chuquisaca 1623) y San Felipe (Santiago de Chile 1738).<sup>3</sup>

Las universidades estaban presididas por un Rector, elegido generalmente por el claustro de doctores y maestros, su funcionamiento se encontraba regulado por *Constituciones*, donde se disponía minuciosamente sobre el cuadro de las autoridades de la institución, el régimen de los estudios, la organización de los mismos y los grados que otorgaba.

En este contexto, la orden de la Compañía de Jesús es estableció en nuestra ciudad de Córdoba de manera definitiva en 1599.

La habían precedido las llamadas *misiones volantes*, como la de los padres Francisco de Angulo y Alonso de Barzana, pero lo cierto es que finalmente, en el último año del siglo XVI, el padre general Claudio Acquaviva ordena desde Roma, el establecimiento definitivo de la Compañía.

---

Universidad Decana en América. Una argumentación histórico jurídica y el Derecho Indiano” Fondo Editorial UNMSM Lima 12 de mayo del 2000.

<sup>3</sup> Aunque por la Real Cédula fechada en San Idelfonso el 28 de julio de 1738 Felipe V había autorizado erigir la Universidad de Santiago de Chile instituyendo diez cátedras, cuatro de Prima, para las Facultades de Teología, Cánones, Leyes y Medicina, dotadas con quinientos pesos cada una, Matemáticas, Decreto, Instituta, Maestro de las Sentencias con cuatrocientos cincuenta pesos y finalmente Artes y Lenguas con trescientos cincuenta pesos asignadas a cada una, desde 1622 los dominicos y más tarde los jesuitas habían sido autorizados a impartir cursos universitarios en sus casas. Esta enseñanza desconocía los estudios de Leyes ciñéndose a los de Artes y Teología. En 1713 un proyecto del Alcalde Francisco Ruiz de Berecedo inicia una larga tramitación para lograr la anhelada fundación de la universidad sobre la cual vuelve el cuerpo capitular a insistir en 1735 hasta lograr el parecer favorable del Consejo de Indias y la fundación misma que se concreta en el texto de la Real Cedula citada. Conforme José Toribio Medina *Historia del la Real Universidad de San Felipe de Santiago de Chile*. Santiago de Chile Soc. Imp. y Lit Universo 1928, Tomo I pag 4. También Alamiro de Ávila Martel *Reseña histórica de la Universidad de Chile*. Santiago de Chile. Ediciones de la Universidad de Chile. 1979, Bernardino Bravo Lira *La Universidad en la Historia de Chile 1622-1922* Santiago de Chile. Pehuen Editores, 1992. El tema es abordado desde diversos enfoques en Antonio Dougnac Rodríguez y Felipe Vicencio Eyzaguirre Editores en *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los Estudios Jurídicos en Chile*. 2 vols. Universidad Central de Chile, Santiago de Chile, 1999.

De este modo llegan los padres Juan Romero, procurador de la provincia, el padre Juan Darío y el hermano Antonio Rodríguez, quienes arriban a nuestra ciudad en el mes de marzo de 1599.

Breve tiempo después se funda la *Provincia Jesuítica del Paraguay* y se designa provincial de la misma al padre Diego de Torres.

El Padre Diego de Torres nació probablemente en el año 1550 en Villalpando, Zamora, España. El 16 de diciembre de 1571 ingresaba en Monterrey, Castilla la Vieja, a la Compañía de Jesús, ordenándose sacerdote en Sevilla, tras sus años de noviciado en Medina del Campo y en Burgos. Su formación comprendería los estudios de Filosofía y Artes en Palencia y Ávila y Teología en Valladolid.

El 20 de septiembre de 1580 se embarcó animoso, en Sanlúcar de Barrameda, poniendo proa a tierras americanas. Tras una breve estadía en Panamá arriba a Lima, donde comienza su labor misional entre los pueblos de indios, cuyas lenguas quechua y aymará aprende rápidamente. Desempeña más tarde el rectorado de los Colegios de Lima y Quito.

Elegido procurador para representar a la provincia jesuítica del Perú, retorna en 1601 a Europa.

Más tarde recibe la comunicación del Padre Claudio Acquaviva, General de la Compañía, encomendándole la misión de crear una nueva provincia, la *Provincia Jesuítica del Paraguay*, de la cual sería el fundador y primer provincial y que comprendía las gobernaciones del Paraguay, Chile y Tucumán.

En el año de 1507 el Padre Torres se encontraba en la residencia jesuítica de Santiago del Estero enlazando una cordial y alentadora relación con el obispo Fray Hernando de Trejo y Sanabria.

El padre Lozano se refiere a este singular encuentro “*Quien entre todos mas se señaló en las demostraciones de gusto y contento fue el señor Don Fray Fernando de Trejo y Sanabria, Obispo del Tucumán, persona de grande literatura, aventajado talento de pulpito y de gobierno y celosísima del bien espiritual de sus ovejas, y como tal aficionado por extremo a los de la Compañía, a quienes había favorecido siempre en su diócesis y hecho de ellos singular confianza dándoles amplia facultad para administrar todos los sacramentos a los indios en cualquiera parte de su Obispado y valiéndose de su*

*parecer y consejo en los negocios más graves importantes y arduos, fuera de ayudarles también en lo temporal”*<sup>4</sup>

Breve tiempo después, ya en 1608 el Padre Torres continúa el viaje iniciado en las postrimerías del año anterior acompañado desde Lima por los padres Lope de Mendoza, Juan Bautista Ferrufino, Diego González Holguín, Melchor Venegas, Horacio Vecchi, Luis de Leiva, Juan Domingo, Francisco Vásquez de la Mota, Juan Pastor, Marco Antonio Deiotaro y Vicente Griffi a quienes se suman los novicios Baltasar Duarte y Antonio Ruiz de Montoya y los hermanos coadjutores Miguel de Acosta y Pedro Romero.

Los misioneros son recibidos por el padre Juan Darío y se aposentaron en las primeras habitaciones de la casa, que vecina a la iglesia, ya había sido levantada en la manzana cedida por el Cabildo de la ciudad.

Más de una década después, en una *Relación* prolija el padre Torres evocaba su llegada: “*Cuando entramos en esta ciudad de Córdoba, fue con intento de poner aquí dos seminarios de Novicios y Noviciado, por ser el corazón este pueblo de toda la provincia y que las mas veces que la visita del provincial, por ser por aquí que asiste con comodidad a toda la provincia por la frecuente comunicación que hay de esta ciudad con todas las tres gobernaciones y el Perú y asi dando cuenta de estas comodidades a nuestro P. Claudio de santa memoria le pareció bien y lo aprobó mandando insertar estudios y Noviciado en esta Provincia.*”<sup>5</sup>

En 1610 ya estaba establecido en nuestra ciudad el “*Colegio Máximo*”, con su noviciado, las cátedras de latinidad y los incipientes espacios de Artes y Teología, que recibirían más tarde la autorización de conferir grados académicos, constituyéndose de este modo en el germen de la Universidad que gobernaron los padres de la Compañía de Jesús, hasta su expulsión en 1767.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Pedro Lozano: *Historia de la Compañía de Jesús en la Provincia del Paraguay*. Madrid, Imprenta de la viuda de M. Fernández, 1754, Tomo I. pág. 726.

<sup>5</sup> Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba (En adelante AHPC) Legajo 25 Expediente 13. 1755.

<sup>6</sup> Datos tomados de Hugo Storni S.J.: *El P. Diego de Torres Bollo* en Cuadernos Monásticos Numero 35, Buenos Aires, 1975 pág. 451. Ídem: *Catálogo de los Jesuitas*

Así lo refiere el propio Padre Diego de Torres “*Lo primero de todos se pusieron estudios de Latín a petición de la ciudad y dos o tres novicios que vinieron del Perú y pasando luego a la Congregación que tuvimos en Chile vino aquí por rector el P. Juan de Viana, que tenía también a cargo los pocos novicios que había y fueron entrando el Convictorio que fundamos en Chile y luego se puso un curso de Artes con ocho o diez hermanos y acabado estese comenzó otro en Chile y aquí se puso la Teología. Y el primer orden que hubo de nuestro P. Claudio fue que se procurase fundar para este Colegio sin hacer mención del Noviciado y envió Licencia para ello.*”<sup>7</sup>

El juicio del Padre Nicolás del Techo en su *Historia de la Provincia del Paraguay de la Compañía de Jesús* traza el perfil inequívoco de los últimos años de este abnegado sacerdote: “*Pasó los tres últimos años de su vida en el lecho atacado de parálisis, rogando á Dios que le acelerase la muerte para no molestar á sus compañeros. Vio cumplidos sus deseos y espiró á los ochenta y ocho años, á los sesenta y ocho de entrar en la Compañía y cincuenta de emitir los cuatro votos. Fue hombre peritísimo en el gobierno, de esclarecidas virtudes, hábil en llevar á feliz término asuntos difíciles y digno de ser comparado con los más ilustres jesuitas. Gozó de la protección del Papa Clément VIII, de algunos Cardenales, del Rey Católico, de magnates españoles, de los Generales de la Compañía y de otros personajes; con el favor de los virreyes del Perú promovió la gloria de Dios y socorrió á los desgraciados. A su entierro asistieron la Audiencia, las demás autoridades civiles y eclesiásticas, las Religiones y los ciudadanos, mostrando en sus lágrimas el afecto que le profesaban. En su epitafio, puesto por el Colegio de Chuquisaca, se decía que la Compañía había perdido una de sus más firmes columnas*”.<sup>8</sup>

---

*de la Provincias del Paraguay (Cuenca del Plata) 1585-1768* Roma, 1980 Lozano Pedro S.J. *Historia de la Compañía de Jesús en la Provincia del Paraguay*. Imprenta Viuda de M. Fernández, Madrid, 1754 vol. 1.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Conforme Nicolás del Techo: *Historia de la Provincia del Paraguay de la Compañía de Jesús* Tomo Tercero Libro Octavo Capítulo Primero, *Últimos Años del P. Diego De Torres (1627)* pág.1, Madrid, Casa de la Viuda é Hijos de M. Tello, 1897.



Un tema lo desvela: la protección de los indios cruelmente sometidos a los abusos de los encomenderos españoles. En 1609 Diego de Torres le solicitaba enérgicamente al Gobernador de Paraguay: “*no se someta a los indios al servicio personal ni sean molestados por soldados y que a los convertidos no se les pida ningún tributo en los diez primeros años*”, en tanto en 1608, en su primera *Carta Anua*, dirigida al Padre General de la Compañía, daba cuenta de una decisión adoptada en Lima, previo a su ingreso a nuestra jurisdicción, donde “*todos juzgamos que debíamos quitar el servicio personal de nuestros indios como cosa prohibida por derecho natural, divino y humano*”

El Padre Diego de Torres también el hombre que acompaña con voluntad extraordinaria al licenciado don Francisco de Alfaro, cuando por la cerrada campaña de denuncias sobre el maltrato a los indígenas, buscando suprimir la “*infernial servidumbre*” del servicio personal obligatorio que la propia Compañía de Jesús llevaba a cabo, el Rey dispone una *visita de la tierra* que encarga inicialmente al Presidente de la Audiencia de Charcas, Alonso Maldonado de Torres, autorizándolo luego a delegarla en otro oidor o en el fiscal.

Es recién a fines de 1610 cuando el encargo de la visita queda en cabeza del licenciado don Francisco de Alfaro, ascendido a oidor del tribunal por auto del 10 de diciembre de 1610.

El Padre Torres ayuda al Oidor en gran parte de su viaje y no hay duda que participa activamente en la redacción del cuerpo normativo, fruto de esta experiencia: las *Ordenanzas de Alfaro* que prohibían las encomiendas de servicio personal, la esclavitud de los indios y las compras de indios llamadas *rescates*, intentando reemplazarlo por un sistema de trabajo remunerado y de libre contratación, regulando a asimismo la mita, el pago del tributo y la reunión de los naturales en pueblos de indios, prohibiendo el yanaconazgo y las entradas armadas de los españoles en tierras indígenas.

Fue una profunda reforma que suscitó una enconada resistencia, una y otra vez el Teniente Gobernador de Asunción, el Cabildo de Villarrica y el Procurador del Río de la Plata en España pidieron al Rey, que en nombre de las ciudades las mismas no fueran confirmadas, actitud que no comparte el dictamen del Fiscal del Consejo de Indias, órgano que finalmente las confirma aunque con algunas modificaciones, pasando a integrar finalmente el cuerpo de la *Recopilación de Leyes de Indias* que el Rey aprueba y promulga en 1680.

El celo apostólico del padre Torres, su visión certera, su ánimo confiado e inquebrantable y su fe misionera no reconocen obstáculos, demoras, fatigas ni límites, impulsando notablemente la fundación de los estudios del futuro Colegio Máximo, cuyas aulas desde 1610 funcionan en el espacio del solar urbano que les es asignado, con las cátedras de latinidad y artes, filosofía, teología y cánones que se abren tanto a externos como a novicios.

Pero en 1612 la crítica situación que atravesaba el Colegio, la oposición del grupo de los encomenderos, las reducidas limosnas que cercenaban y comprometían su funcionamiento, lo lleva a meditar seriamente alguna propuesta formulada de trasladar la fundación a Santiago de Chile, ciudad donde desde 1594 la Compañía había erigido casa y colegio adecuadas para la enseñanza de Filosofía y Teología Moral cuyas cátedras impartía.

En estas circunstancias, tan angustiosas, el padre Diego de Torres recibe el poderoso aliento de su Obispo, el franciscano Fray Hernando de Trejo y Sanabria, quien se ofrece a dotar y alimentar el Colegio con sus bienes personales.

Pero, *¿quién era el Obispo Hernando de Trejo y Sanabria?*

Nacido en 1554, era hijo de de María Sanabria <sup>9</sup> y Hernando de Trejo <sup>10</sup>.

Por parte de su madre descendía de una recia matrona, su abuela, Doña Mencia Calderón, quien con tenacidad y valor inigualable decide, cuando su esposo, Juan Sanabria, Adelantado por la capitulación real concedida en 1547, fallece antes de poder trasladarse al Río de la Plata e imposibilitado, su natural heredero, su hijo Diego de Sanabria para partir inmediatamente, Doña Mencia, cuya fortuna había sido invertida en el armado y aprestamiento de la expedición, animosamente abandona el

---

<sup>9</sup> Hija de Juan de Sanabria y de doña Mencia Calderón. Viuda en 1559, María de Sanabria Calderón volvió en 1561, a contraer matrimonio con el entonces gobernador de Asunción del Paraguay, Martín Suárez de Toledo. De esta unión nace Hernando Arias de Saavedra, el célebre Hernandarias, a la sazón medio hermano del Obispo Trejo y Sanabria.

<sup>10</sup> Era hijo de Don Hernando de Trejo y Figueroa y de doña Catalina Caravajal, viudo a su vez de doña Ana de Mendoza con quien tuvo varios hijos.

puerto de Sanlúcar de Barrameda, haciéndose a la mar a principios de 1552, con tres barcos comandados por el tesorero real, Juan Salazar y Espinosa y por Hernando de Trejo, caballero principal de Trujillo, con aproximadamente cincuenta niñas españolas, incluyendo sus propias hijas, que soñaban con casarse y establecerse en el nuevo mundo.

Les aguardarían, acechantes, una larguísima procesión de innumerables peligros, padecimientos y penurias. Aterradoras tormentas y tempestades en el mar, hambre, desolación enfermedades y muertes, que arrebatan incluso la joven vida de una de las hijas de Doña Mencia, hacen que la expedición se desmadre, los barcos se dispersen y se pierdan a lo largo de las extensas costas brasileñas; parte de los sobrevivientes deben permanecer allí, debido a la imposibilidad de conseguir ayuda para continuar su viaje.

En la tardía expedición en la que había partido, finalmente, Diego de Sanabria, encuentra su muerte ahogado frente a las costas del Brasil.

Pero una estrella especial guía a doña Mencia y sus animosas mujeres, que conducidas por Trejo parten de Santa Catalina, atravesando las selvas y probablemente en 1556 arriban a la ciudad de Asunción.

Allí vivió el niño Hernando de Trejo y Sanabria, quien cuando apenas contaba con catorce años de edad se traslada con su familia a Lima, ciudad donde ingresa, en 1567 en el prestigioso Convento de San Francisco de Jesús de Lima fundado en 1535, ordenándose sacerdote en 1576.<sup>11</sup>

Creada ya la diócesis de Tucumán con sede en Santiago del Estero en 1570, se nombra por Cedula Real, fechada en Nájera, el 9 de noviembre de 1592, para reemplazar al fallecido obispo Victoria, muerto en el convento de Atocha en ese mismo año de 1592, al franciscano Hernando

---

<sup>11</sup> Afirma su biógrafo: “*Trejo había nacido para el sacerdocio. Su inclinación, las aptitudes y disposiciones morales que lo caracterizaban, su índole, su piedad y su educación, todo forma un conjunto de argumentos morales que nos advierten su vocación eclesiástica, que el altar, que el pontificado era la misión del ilustre fraile. La naturaleza y la profesión se hallaron en armonía y tan perfecta e indisolublemente que se vuelve difícil separarlas aun con el pensamiento, sin destruir al personaje y volver infecundos sus talentos*”. Conforme Fray José María Liqueno: *Fray Hernando de Trejo y Sanabria Fundador de la Universidad*. Córdoba, República Argentina, 1916 Biblioteca del Tercer Centenario de la Universidad Nacional de Córdoba, pag. 28.

de Trejo y Sanabria, consagrado obispo en Quito, en manos del dominico Fray Luis López de Solís el 16 de mayo de 1595.

Y este es el obispo que escucha y comprende el pesar y la angustia del Padre Diego de Torres, quien completamente desesperado le cuenta como está meditando trasladar definitivamente el Colegio Máximo del otro lado de los Andes.

El Franciscano se conmueve con el relato del Jesuita y promete ayudarlo.

Y el Franciscano cumple su palabra.

Cuando concluían los fríos días del otoño de 1613, ante el escribano Pedro Cervantes con voluntad firme y lleno de luz declara: *“Nos don Fray Hernando de Trejo y Sanabria, Obispo del Tucumán digo: que ha muchos años que he deseado ver fundada en estas tierras estudios de latín, artes y teología, como medio importantísimo para su bien espiritual y eterno... y quisiera tener los bienes que me bastaran para fundar en cada pueblo de mi obispado un colegio... Me he resuelto para ello fundar un colegio de la Compañía de Jesús en esta dicha ciudad en que se lean las dichas facultades y las puedan oír los hijos y vecinos de esta gobernación y de la del Paraguay y se pueden graduar de bachilleres, licenciados, doctores y maestros”*.

Para tan magna obra el obispo hacia: *“donación al dicho colegio, pura, perfecta e irrevocable que el derecho llama inter vivos de todos mis bienes muebles y raíces habidos y por haber, dineros, plata labrada, libros esclavos y heredades y en particular la que tengo llamada Quimillpa, jurisdicción de la ciudad de San Miguel, con todas sus tierras, molino, cabras, jumentos, cría de mulas, curtiduría, bueyes carretas y todo cuanto en ella hubiere”*.

El compromiso asumido el 19 de junio de 1613 obliga al obispo a contribuir con una renta anual de \$ 1.500 y a formar en el término de tres años un capital de \$ 40.000 para que en el Colegio de Córdoba continuase el dictado de las cátedras de Latinidad, Artes Teología y Cánones, como venía desarrollándose desde 1610.

El obispo se despojaba de todos sus bienes a favor de la Universidad, opina un biógrafo que *ni siquiera retenía lo necesario para cubrir su entierro y funerales*, que apenas un año más tarde debieron sustentar las limosnas y la caridad públicas.

Pero quizá la palabras decisivas que, con más fuerza impactaron en la voluntad real para el ansiado otorgamiento de los grados académicos

fueron, las que fechadas el día 15 de marzo de 1614, cuando dirigiéndose al Monarca le imponía: “*Gran descargo de la conciencia de vuestra Majestad y mía, ques fundar un Colegio de la Compañía en la ciudad de Córdoba, adonde se lea latín, artes, y teología para que haya sacerdotes aptos en virtud y letras en estos dos obispados, de que hay suma necesidad ... tal seria el servirse Vuestra Majestad de dar licencia para que los PP de la Compañía puedan dar grados de latín, artes y teología en el dicho colegio como se sirvió vuestra majestad de concedérselo para el Colegio de Santa Fe de Bogotá del Nuevo Reino, porque por la pobreza desta tierra y distancia de seiscientas leguas que hay a la Universidad de Lima no podrá ir nadie allá a graduarse*”.

Dedicada desde sus orígenes a la enseñanza de las artes, teología y cánones, cuyo método y planes de enseñanza se describían en la *Ratio Studiorum* que en 1599 aprobara la Compañía de Jesús, la Universidad de Córdoba, recibe años más tarde, el *Breve pontificio* del 8 de agosto de 1621, donde Gregorio XV dispensa a la Universidad el otorgamiento de los grados académicos, espíritu que refrendó, un año más tarde, el 2 de febrero de 1622, el Rey Felipe IV de España, quedando la concesión pontifica ratificada de manera definitiva en el *Breve* del 29 de marzo de 1634 que rubricó el papa Urbano VIII.

Y veinticuatro años después, en 1791, expulsada ya la Compañía de Jesús y permaneciendo la Casa bajo la regencia franciscana, la Universidad incorpora los estudios de Derecho, con la creación de la *Cátedra de Instituta*, origen de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba que este año se apresta a cumplir 222 años de lúcida existencia.

Hace pues cuatrocientos años que un jesuita y un franciscano enlazaron la apretada malla de un destino para el sostenimiento de la Casa que hoy se apresta a cumplir cuatro siglos de lúcida existencia, cuatrocientos años que rescatamos como *Cuatrocientos años enseñando Derecho*.

Porque aunque la Facultad de Jurisprudencia tiene su origen en la erección de la *Cátedra de Instituta*, cuyas lecciones comenzaron a impartirse en la tarde del 22 de agosto de 1791, el Derecho se enseñaba en los claustros de la *Universitas Cordubensis Tucumanae* desde sus tiempos fundacionales en el alba del Siglo XVII. Aún sin sede estrictamente jurídica, los debates sobre la justicia, la ley, la autoridad y la obe-

diencia se consolidaban en los claustros de la Facultad de Teología, a través de las lecciones de Moral y Cánones.

Desde los tempranos tiempos jesuitas, extendidos luego a la enseñanza de los derechos romano y real impartida por Victorino Rodríguez durante la regencia franciscana, y por las reformas del Plan Definitivo del Deán Funes apenas inaugurada la época patria, la enseñanza jurídica se ha desarrollado sin interrupciones en la Universidad.

El origen del poder, la justificación de la monarquía, la moralidad de las acciones humanas, las reglas para atenuar o agravar los castigos, el aval al nuevo orden revolucionario de 1810, las discusiones sobre la organización del país, la constitución, los códigos, los principios de las nuevas ramas del Derecho, han sido y son desde entonces tema de estudio y discusión permanente en nuestras aulas.

Y en este riquísimo tejido de cuatrocientos años, nuestra Facultad de Derecho continúa hoy una secular tradición de estudio teórico y práctico del Derecho y de la investigación científica.

Este feliz y promisorio camino que hoy nos enorgullece y a la par nos singulariza, no hubiera sido posible transitarlo si no contáramos con la talla de profesores como la Dra. Zlata Drnas de Clément.

Porque hay una madera especialísima donde se esculpe, con trazos indelebles, la noble figura de los Maestros.

Los Maestros abren sus despachos a sus alumnos, abren sus Bibliotecas y también sus casas, comparten con ellos el tesoro de sus conocimientos, sus libros, sus fichas de trabajo, sus apuntes, una taza de té calentito y hasta el ámbito privado de sus familias.

Todos sabemos cuánto cuesta iniciar estos largos trayectos de formación de profesores, cuanto amor, cuanto compromiso, cuanto ejemplo, creatividad, confianza, paciencia y pasión hay que reunir y regalar.

Un buen Maestro es el que siembra la pasión por el conocimiento en el alma de su alumno.

Un Maestro verdadero es capaz de cambiar el destino de su discípulo y cambiando el destino de su discípulo, quizá cambia el destino del mundo.

El Maestro siente a su discípulo no como un cántaro vacío que debe llenar, sino como alma única y preciosa que puede desarrollar y perfeccionar.

Un Maestro es un héroe, es un héroe silencioso porque logra hacer crecer un sueño, el más precioso sueño de la Humanidad: el sueño de un mundo mejor.

Regala confianza, despierta el interés por aprender y ayuda a desarrollar la capacidad de cada alumno.

Un alumno que se destaca siempre llevará el sello de un Maestro ejemplar.

Un Maestro es un ser humano que tiene la nobleza de enseñar, la bondad de escuchar, la inteligencia para guiar, el talento para motivar y la pasión para comprometerse

Todos los que aquí estamos reunidos alguna vez hemos experimentado esa inolvidable e inenarrable felicidad que se experimenta cuando se aprende alguna pequeñísima partícula del conocimiento, la luz y el gozo profundo de un trabajo intelectual bien hecho.

Y no se llega a este sublime momento sin la presencia de un Maestro que en algún momento guió nuestro camino.

La verdadera multitud de discípulos, que a lo largo de su fecunda vida académica la Dra. Zlata formó, con pasión y con paciencia infinitas, atestiguan sobradamente este destino.

Hoy parte de esos discípulos, junto a colegas y compañeros de labor, acuden jubilosos con sus trabajos y sus aportes científicos a conformar el texto que presentamos, un texto que aspira a continuar transitando un camino de amor a la verdad y a la ciencia, en un momento en que nuestra Facultad de Derecho, Decana de las Casas de estudio en su género en el país, hija a su vez de una Universidad que ha cumplido cuatrocientos años de fértil existencia, y donde desde 1610, al constituirse el Colegio Máximo ya se enseñaba Derecho, se prepara para iniciar el camino de acreditación de su Carrera de Grado, y donde la investigación científica y la difusión de sus resultados constituyen uno de los ejes centrales del proceso.

La Dra. Zlata Drnas de Clément nació el 22 de mayo de 1947 en Zagreb, Croacia. Radicada en nuestra ciudad de Córdoba desde su más tierna infancia y nacionalizada argentina en 1967 cursó estudios de nivel primario y secundario en el Colegio de las Hermanas del Huerto de Alta Córdoba, donde alcanzó el título de Maestra Normal Nacional. En 1973 y 1974 respectivamente se graduó como Abogada y Notaria de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Asimismo, en 1978 egresó de la Escuela de Superior de Lenguas de la misma Universidad, graduada ya como Traductor Público de Alemán, especialidad a la que sumaba el perfecto conocimiento de otros idiomas: inglés, francés y ruso.

Años más tarde, en 1987 se doctoró en nuestra Facultad de Derecho con una brillante Tesis Doctoral titulada: “*El Derecho de libre determinación de los pueblos: colonialismo formal neocolonialismo - colonialismo interno*” que mereció la calificación: 10 Sobresaliente. Además de esta exquisita formación profesional instruida en el núcleo disciplinar elegido, la Doctora Zlata espigó una veta artística singular: el cultivo de la música.

Egresada del Conservatorio Provincial de Música Félix T. Garzón como Profesora Superior de Piano, Profesora de Canto y Maestra de Violín, dedicó muchas horas a la interpretación en distintas salas de la ciudad de Córdoba y de Buenos Aires en la década de los años 70.

Pero estos afanes no la apartarían nunca de su vocación primigenia por el Derecho donde aquilató, luego, una sólida formación disciplinar.

En 1978 egresó del Curso de Post-Grado de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. En la misma Casa de Estudios continuaría luego su formación superior.

En 1979 se graduó en el Curso de Perfeccionamiento de Post Grado sobre Recurso Extraordinario. Competencia Federal. En 1980 egresó del Curso de Post-Grado sobre Naturaleza y Presupuestos del Recurso de Amparo. Competencia Federal. En 1982 lo hizo en el Curso de Post-Grado sobre Doctrinas Internacionales de Luis María Drago y su Actualidad, en 1982 fue egresada del Post Grado sobre Derecho Privado Profundizado, en 1983 egresó del Post Grado sobre “Docencia Universitaria”. En 1984 completó *cum laudem* el Post-Grado sobre El Estado Moderno y las Relaciones Internacionales. En 1985 fue egresada del Post Grado de *Inglés Jurídico*. En 1987, egresó del *XIV Curso de Direito International*. Comité Jurídico Interamericano- OEA- Río de Janeiro Brasil. En 1989 egresó del Curso de Post Grado sobre “La Enseñanza: un Análisis Sociopedagógico” organizado por la Dirección de Investigaciones e Innovaciones Educativas de la Subsecretaría de Programación Educativa del Ministerio de Educación de la Provincia de Córdoba y el Ministerio de Educación de la Nación.



Fue asimismo en 1990 egresada del *Centre d' Études et de Recherches de l' Académie de Droit International de La Haye*. Toda una completa, continua y sostenida formación en la especialidad que había elegido con entrega y con pasión.

La Dra. Zlata Drnas de Clément es actualmente Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba.

Su última dedicación docente la registró como Profesora Titular por Concurso de la asignatura *Derecho Internacional Público* con dedicación exclusiva desempeñándose asimismo en la más alta calidad de Profesor Investigador Categoría I, de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria. CONEAU.

Fue Profesora Titular responsable de la asignatura opcional "*Funcionamiento de las Organizaciones Internacionales*" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba. Profesora en la asignatura opcional "*Tutorías en investigación*". *Directora* de la *Revista de la Facultad*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba. *Directora* de la *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público*.

Asimismo es Profesora en numerosos postgrados acreditados (Centro de Estudios Avanzados, Universidades Nacionales de Córdoba, Tucumán, La Rioja, Rosario, Santiago de Compostela-España, Alcalá de Henares-España, Zagreb-Croacia, Split-Croacia- São Paulo-Brasil, entre otros).

Registra una importante actividad de postgrado desde 1994 a la actualidad como Profesora de "*Derecho Internacional Público y Privado Especializado*" en la *Maestría en Relaciones Internacionales*-Centro de Estudios Avanzados (CEA)-Rectorado-Universidad Nacional de Córdoba. 1995 Profesora de "*Derechos Humanos y Relaciones Internacionales*" en la *Maestría en Relaciones Internacionales*-Centro de Estudios Avanzados (CEA)- Rectorado-Universidad Nacional de Córdoba. 1995-1998 Profesora de "*Derecho Ambiental y su Prospectiva*"-Curso de profundización de Post Grado Secretaría de Postgrado-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UNC. 1995 Coordinadora y Docente en la *Maestría en Derecho Internacional Público*- Secretaría de Postgrado Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba, 1996. Profesora y Coordinadora del "*Segundo Curso Interdisciplinario Hispano Argentino Mercosur-Unión Europea*. Curso

“Aspectos Jurídico-Ambientales del Desarrollo Sostenible”- Secretaría de Post Grado-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba e Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (España). 1996 Coordinadora del Curso de Post Grado sobre “*Derecho Internacional Humanitario*”- Secretaría de Post Grado-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba. 1996 Coordinadora del Curso de Post Grado sobre “*Derecho de los Tratados*”-Secretaría de Post Grado-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba. 1996 Docente en el Primer Curso de Post Grado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional- Tema: “*Tribunal Penal Internacional*”. Departamento de Post Grado-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba y Asociación Argentina de Derecho Internacional. 1996 Profesora de “*Medios de solución de controversias alternativos*” en la *Especialización en Comercio Exterior*- Secretaría de Post Grado-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- Universidad Nacional de Córdoba Asignatura a cargo *MERCOSUR y Comercio Exterior*. 1996 Docente en el Curso sobre “*Mercosur y Medio Ambiente*”-*Maestría en Relaciones Internacionales*. Instituto de Integración Latinoamericana. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Tucumán. 1997-2009 Profesora de la asignatura “*Protección Internacional del Medio Ambiente*” en la *Maestría en Relaciones Internacionales*- Universidad Nacional del Tucumán- Instituto para la Integración y el Desarrollo Latinoamericano (IDELA)- Asignatura a cargo: 1997 -2003 Docente- de seminario “*Medio Ambiente y MERCOSUR*” en la *Especialización en MERCOSUR*- Secretaría de Post Grado- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- Universidad Nacional de Córdoba-Asignatura a cargo: 1997 Docente en el Segundo Curso de Post Grado de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional-Tema: “*Conformación y Labores de la Comisión de Derecho Internacional*”. Secretaría de Post Grado. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba y Asociación Argentina de Derecho Internacional. 1998 Docente en el *Curso de Post Grado sobre Derecho Ambiental*-Instituto del Medio Ambiente-Universidad Nacional de Salta-Asignatura: *Políticas Ambientales en los Procesos de Integración Regional*. Salta. 1998 Docente de *Procesos de Integración Latinoamericanos* en la *Maestría en Relaciones Internacionales* del Centro de Estudios Avanzados (CEA)- Rectorado-Universidad Nacional de

Córdoba. 1998 Docente en el Curso de Post Grado en *Derecho y Economía Ambiental*-Secretaría de Post Grado Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Facultad de Ciencias Económicas-Universidad Nacional de Córdoba. Tema: *Derecho Sostenible: Rol Institucional y Normativo de las Organizaciones Internacionales, de Cooperación y Supranacionales*. 1998 Co-Directora y docente del *Seminario de Postgrado Interdisciplinar sobre Regionalización en la Provincia de Córdoba y el MERCOSUR*- Facultad de Ciencias Exactas Físicas y Naturales (CERNAR) y Departamento de Derecho Público- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba. 1998 Docente en el III Curso de Post Grado Cooperación Internacional Humanitaria. Asignatura “*La Sanción de las Violaciones Graves al Derecho Internacional Humanitario: El Tribunal Penal Internacional*”. Facultad de Derecho-Universidad de Salamanca (España). 1998 Profesora Invitada –Curso de postgrado sobre *procesos de integración latinoamericanos*. Bloque: “*El Mercosur y la Unión Europea: Dos Sistemas en Presencia*”- Cátedra de Derecho Internacional Público-Centro de Documentación Europea. Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid (España). 1998 Docente Invitada responsable del bloque: “*Perfil Jurídico del Mercosur*” en la *Maestría de Derecho Internacional*-Facultad de Derecho-Universidad de Split (Croacia). 1998 Docente invitada para dictar el bloque “*Institucije Okoliša*” en el Curso de Postgrado del Instituto de Derecho Internacional y Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zagreb-Croacia (Zavod za Madunarodno y Poredbeno Pravo- Pravni Fakultet-Sveučiliste u Zagrebu). 1999 Profesora del *Seminario de Metodología Jurídica*, Carrera de *Especialización en Derecho Público* - Secretaría de Post Grado- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- Universidad Nacional de Córdoba. Materia: Dogmática Jurídica. 1999 Docente en el Curso de *Doctorado en Derecho Público* sobre el tema *Jurisdicción Penal Internacional-Aspectos Procesales*- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. 2000 Docente en el *Post Grado de Derechos Humanos* - Tema: *Protección Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Facultad de Derecho-Universidad Nacional de Tucumán. 2000 Co-Directora y Docente del *Curso de Profundización de Post Grado sobre “Derecho Sostenible: ¿Principio Ambiental o Categoría Normativa?”* Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.

2000 Co-Directora y Docente del *Curso de Post Grado de Profundización sobre Nulidad de Sentencias Arbitrales*. Secretaría de Post Grado. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba. 2000 Docente invitada – *Postgrado en Derecho Internacional Público* - Bloque: *Responsabilidad Internacional en Materia Ambiental: El Rol de la Diligencia. Debida de los Estados* - Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid (España). 2000-2001 Docente invitada – *Diplomatura en Derecho Internacional Público* – Bloque *La Obligación de Prevención como Eje de Articulación entre el Lícito y el Ilícito Internacional*- Facultad de Derecho-Universidad Autónoma de Madrid (España). 2000. Docente invitada- Postgrado de Derecho Público - Área: *Derechos Humanos - Derecho Humanitario: Responsabilidad Diferenciada*. Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá de Henares (España). 2000-2001. Docente invitada- Postgrado sobre Derechos Humanos/Derecho Humanitario. Bloque: *Nuevas Tendencias en Materia de Humanización del Derecho Internacional Público*. Universidad de Santiago de Compostela (España). 2001-2002

Se ha desempeñado como Docente Invitada en la Asignatura: “*Principio de Precaución*”- *Diplomatura en Derecho Ambiental* - Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (España)-Universidad Complutense de Madrid. 2001. Profesora de la Asignatura *Derecho Ambiental* en la *Maestría en Derecho Empresarial* de la Universidad Siglo XXI. Córdoba. 2001 Profesora de la Asignatura *Jurisdicción Penal Internacional*, en el *Primer Curso de Post Grado de Derechos Humanos*. Universidad Nacional de Tucumán y Colegio de Abogados de Jujuy. 2002 Profesora de la Asignatura *Derecho Internacional Público* en la *Maestría en Derecho Público*. Facultad de Derecho UNLP y Colegio de Abogados de Santa Rosa de La Pampa. 2002-2006 Profesora de Derecho Ambiental en la *Carrera de Doctorado en Derecho Público*. Universidad Nacional de Tucumán. 2002-2003 Profesora de la Asignatura *Integración Latinoamericana* en la *Maestría en Relaciones Internacionales*. Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba. 2002-2003 Docente en el *Máster en Política y Derecho Ambiental*. Centros de Estudios e Investigación. Aula de Derecho Ambiental. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid-Universidad Complutense de Madrid (España). 2003 Coordinadora y Docente del *Curso de Post Grado Hispano-Argentino de Derecho Público*. Bloque: *Derecho Ambiental - Derecho del Agua*. Sala de Derecho Ambiental del Ilustre Colegio de Abogados de

Madrid y Secretaria de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba. 2003 Profesora Invitada del *XXX Curso de Especialización de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano de la OEA*. Bloque: “*Determinación del Quebrantamiento de la Paz y Seguridad Internacionales*”. Río de Janeiro. Brasil. 2002-2004 Profesora en la *Maestría en Gestión Ambiental del Desarrollo Urbano*, Facultad de Arquitectura de la UNC. Asignatura: *Derecho y Gestión Ambiental*. 2004 Docente del *Módulo Interpretación e Integración Jurídica en Derecho Público*. Secretaría de Postgrado de la Universidad Nacional de Catamarca y Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. 2004 Docente sobre *Comercio y Ambiente en el MERCOSUR* en el Curso de Profundización de Post Grado sobre Comercio y Ambiente, organizado por el Departamento de Derecho Público, el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales y la Sala de Medio Ambiente del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid-España. 2004 Profesora responsable de la asignatura *Derecho Ambiental* en la Maestría de Derecho Empresario de la Universidad Empresarial Siglo XXI. Córdoba. 2005 Docente Invitada por *Post Grado en Derecho del Mar* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba-España. Bloque “*Principio de precaución en Derecho del Mar*”. 2006 Docente del *Seminario sobre Enseñanza del Derecho Comunitario, Maestría de Derecho Público*. Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales, Cátedra Jean Monet. Universidad de Santiago de Compostela (España). 2007-2009 y 2011 Docente a cargo de la asignatura *Derecho Internacional Público* en la *Diplomatura en Diplomacia Contemporánea*. Secretaría de Post Grado. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. 2007 Docente responsable de la asignatura *Actores políticos y relaciones internacionales*. Carrera de Maestría en Relaciones Internacionales. Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba. 2008 Docente en la Asignatura *Instituciones del Derecho Internacional Público Contemporáneo* en el Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba. 2008-2009

Ha sido Profesora en la *Diplomatura en Comercio Exterior* de la asignatura *Medios Alternativos de solución de controversias*, Secretaría de Post Grado. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. 2008 Docente *del Seminario sobre*

*“Globalización y Transregionalismo en las Relaciones Unión Europea –MERCOSUR. Nuevos Desarrollos del MERCOSUR*, en la Universidad de Santiago de Compostela (España). 2009 Docente en la *Maestría en Relaciones Internacionales* de la asignatura *Elementos del Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Centro de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Córdoba. 2009 Docente invitada Curso de Derecho Internacional Público y Centro de Documentación Europea, Bloque: “Fuentes del derecho en el sistema del MERCOSUR”, Universidad Complutense de Madrid (España) 2010 Docente invitada a dictar el módulo *Derecho Internacional Ambiental* en la *Carrera de Especialización en Derecho Ambiental y Tutela del Patrimonio Cultural*, Universidad del Litoral, Santa Fe. 2010 Profesora contratada del módulo *Derecho Procesal Transnacional de los Derechos Humanos* en la *Especialización en Derecho Procesal Constitucional*, Universidad Blas Pascal. Córdoba. 2010 Curso de Postgrado sobre *Caso de las pasteras uruguayas*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Asimismo desarrolla una amplia actividad en evaluación académica: 1996 *Miembro del Consejo de Profesores* de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales-Universidad Católica de Córdoba (Res. Rect. 66/96). 1997-2000 *Miembro del Consejo de Profesores y Miembro de la Comisión de Reforma del Plan de Estudios-Facultad* de Ciencia Política y Relaciones Internacionales-Universidad Católica de Córdoba (Res. Rect. 48/97 y post.). 1998 *Miembro del Tribunal de Evaluador de Informes de Becas de Pregrado y de Proyectos de Investigación para Becas de Pregrado* - Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales- Universidad Nacional de Córdoba. 1998 *Evaluadora de Proyectos de Investigación Docente - Sistema de Ciencia y Técnica Universidad Nacional (SICYT)* de Santiago del Estero. 1998 Designada *asesora* en Derecho Internacional Público en el *Seminario Taller sobre Redacción de Ponencias*- Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales-Universidad Nacional de Córdoba. 1999-2011 *Miembro del Registro de Expertos de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria-CONEAU* para la conformación de *Comisiones Asesoras y Comités de Pares*. 2009 *Miembro Integrante y Evaluadora Académica* en el *Consejo Asesor Académico del Programa Tucumán para la Formación Superior en Derecho Internacional* - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Tucumán. 2005-2011 *Miembro de Tribunales de Admisión*

*al Doctorado, evaluación de tesis de doctorado, maestría o tesinas de especialización* según designación. Secretaría de Postgrado. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. 2009 *Jurado Miembro Interno Titular (designación general)*. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales – Universidad Católica de Córdoba. Selección de Docentes (designación general). Actividad: Jurado en selección del Cargo Profesor Titular de Teoría de las Relaciones Internacionales. 2010 *Jurado de Concurso de Provisión de Cargos Docentes* Cargos: *Profesores Auxiliares Docentes y Ayudantes* Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Materia: Derecho Internacional Público. 2010 *Jurado de Concurso de Provisión de Cargos Docentes*. Cargos: Profesor Titular y Adjunto. Facultad de Derecho-Universidad Nacional de La Plata. Materia: Derecho Internacional Público. 2010 *Tribunal de Concurso Profesor Titular*: Facultad de Derecho. Universidad Nacional de La Rioja. Materia: Derecho Internacional Público. Designada para actuar COMO *evaluadora externa* de la Memoria Anual presentada por el *Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio J. Rioja”* de la UBA. 2009-2011 CONEAU: Proyectos evaluados: 3 Carreras. CONICET: Proyectos evaluados: 5. Pertenece a importantes instituciones científicas entre las que se cuentan la *Asociación Argentina de Derecho Internacional* (Asociada entre 1977 y 1981-Titular desde 1981). Varias veces Directora de la Sección de Derecho Internacional Público y de la Sección de Metodología de las Enseñanza y de la Investigación por elección de sus pares), el *Instituto de Educación* de la *Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (1998-2000). *Miembro de Número* de la *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (2001-vitalicio) Directora y *Miembro* del *Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales* de la *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (2008-cont.). Coordinadora y *Miembro* del *Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración* de la *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (2001-cont.). *Miembro* del *Instituto de Derecho Internacional Público* de la *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. *Miembro Consultor* del *Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales-Sede Central-Buenos Aires*. *Vicepresidente* de la *Comisión Directiva del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales- Filial Córdoba*. *Vicepresidente* del *Instituto Argentino Chileno de Cultura* (filial

Córdoba). Miembro pleno del *Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*. -El Escorial-España. Miembro de la *American Society of International Law (ASIL)*. Washington. Estados Unidos (2006-cont.). Miembro del *Instituto Superior de Estudios Ambientales (ISEA)* de la UNC (2009-2011).

Ha dirigido 5 tesis Doctorales defendidas y aprobadas. Y se encuentra dirigiendo actualmente 9 tesis doctorales más, con proyecto de trabajo aprobado en distintas universidades. Ha dirigido a su vez 12 tesis de Maestría y 6 de Especialización. Ha participado en más de ciento cincuenta eventos en calidad de relatora, ponente, panelista, expositora. Integró más de 40 tribunales de admisión al Doctorado y 5 de evaluación de tesis de doctorado. Dirigió 24 investigadores, 12 becarios de investigación, 18 adscriptos, 7 pasantes. Fue Coordinadora responsable de becarios en el Programa ALFA de la Unión Europea (Eulatin II) (2004-2008).

Ha obtenido importantes premios: 1986 Primer Premio concurso monográfico sobre “Educación para la Paz”, *Voces de la Cultura*, Dirección Provincial de Cultura de la Provincia de Chubut. 1997 “Premio ECO-Córdoba” otorgado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. (Por el libro *Relaciones de Córdoba con el MERCOSUR en Materia de Medio Ambiente*). 1997 Distinción Académica- “*Ut portet Nomen Meum Coram Gentibus*”- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- Universidad Nacional de Córdoba. Distinción obtenida en 1998 y en 2012. Distinción Académica- *Esfuerzos Académicos*- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- Universidad Nacional de Córdoba. 2001 Premio “*Política Ambiental*” de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires. 2005 Diploma y medallas a la *Destacada Trayectoria Académica y Docente*, otorgado por la Comisión de Servicio de Justicia Militar – Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación Argentina.

Ha dirigido numerosos y relevantes proyectos de investigación, en tanto los *Proyectos de investigación en ejecución actual son los que a continuación se expresan: a) “Normativa internacional aplicable al acuífero Guaraní”* Línea: Derecho Internacional Público-Teoría y Práctica Área: Derecho Internacional Público Lugar donde realiza la Actividad de Investigación: CIJS-Derecho-UNC Organismo que lo Acreditó: SECyT-UNC Director: Z. Drnas de Clément -Ernesto Rey Caro (Co-Director) Categoría dentro del proyecto: Directora Resumen y Da-



tos Relevantes del Proyecto: La normativa internacional general consolidada importa la existencia de derechos / obligaciones con contenidos de comportamientos concretos exigibles para los países que forman parte de un sistema acuífero transfronterizo, que no pueden ser soslayados ni dejados de lado por tratarse de máximas cuyo respeto es de concernencia universal. El proyecto busca determinar la normativa internacional (comportamientos concretos exigibles) aplicable al Acuífero Guaraní, a sus usos y aprovechamientos, identificando la jerarquía preceptiva de los distintos complejos regulatorios pertinentes (tratados, costumbre internacional, principios generales). Es de observar que el acuerdo marco celebrado en 2010 por los países del MERCOSUR en la materia remite a los “principios” de derecho internacional aplicables”, sin esclarecer su contenido, el que aún permanece difuso en el DIP. Palabras clave: acuífero Guaraní - derecho internacional público - normas consuetudinarias aplicables b) Título: *Protected Areas and UNESCO Designations* Línea: Derecho Internacional Ambiental Área: Derecho Internacional Público Lugar donde realiza la Actividad de Investigación: CIJS-Derecho-UNC Organismo que lo Acreditó: *Consiglio Nazionale Dell Ricerche-Italia* Director: Tamburelli, Gianfranco (ISGI Roma) Categoría dentro del proyecto: Investigadora Resumen y Datos Relevantes del Proyecto: desde hace cuatro años varias universidades europeas y americanas estudian el sistema jurídico aplicable a los espacios polares y otras áreas protegidas. La informante analizó la normativa ambiental antártica, estudió la práctica de las normas ambientales en las distintas bases y expediciones y comparó los desarrollos de esos sistemas con el Ártico.

En este momento, la Dra. Zlata trabaja a su vez sobre *Biosphere Reserves and World Heritage Sites in Argentina*. Palabras Clave: sistemas regulatorios internacionales- reservas de la biosfera - patrimonio común de la humanidad - Argentina. “*The Environmental Protection of the Guaraní Aquifer: A Legal Perspective*” Línea: Derecho Internacional Ambiental, lugar donde realiza la Actividad de Investigación: CIJS-Derecho-UNC Organismo que lo acreditó: UNESCO-Universidad de Surrey-Inglaterra Director: Surrey Water Research Group (Sindico, F. Coord) Categoría dentro del proyecto: Investigadora Resumen y Datos Relevantes del Proyecto: El proyecto constituye un estudio de caso en la línea de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Su objeto bianual es el monitoreo y análisis de la gestión y manejo del Sistema del Acuífero Guaraní. Toma

como punto de partida el Proyecto del Banco Mundial sobre desarrollo sustentable del Acuífero Guaraní y tiene labor conjunta con el Centro de Excelencia en materia de Acuíferos de la Universidad de Surrey (USCEA en su sigla en inglés), bajo el aval de UNESCO. Integran el Grupo las Universidades de Surrey, Atenas, Ulster-Belfast, Universidad de la República del Uruguay, Universidad de Sao Paulo y la Universidad Nacional de Córdoba de Argentina. En el marco de las actividades de cooperación entre las universidades que conforman el grupo, se ha confeccionado un libro conjunto destinado a ser utilizado en el Máster sobre “Internacional Waters”, titulado “Derecho Internacional Ambiental”. La informante ha escrito el capítulo relativo a “Fuentes normativas”. La obra ha sido publicada por la editorial Cameron May y tiene en preparación el trabajo sobre “Coherencias e incoherencias en los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional vinculados a la gestión del Acuífero Guaraní”.

A su enorme, sostenida y continua actividad científica y académica la Dra. Zlata Drnas suma la dirección de los cursos especiales de formación de Profesores adscriptos, la dirección de Tesis Doctorales de los becarios y Tesistas doctorales que trabajan bajo su dirección, los proyectos de investigación científica ut supra descriptos y la dirección de dos revistas científicas categorizadas con que cuenta la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba: *Directora de la Revista de la Facultad*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba. *Directora de la Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público*.

A su vasta, rica y multifacética obra docente, cumplida tanto en universidades nacionales como extranjeras se suma la continua y sostenida publicación de numerosos trabajos de investigación científica, artículos de doctrina, libros y textos de estudio que elocuentemente hablan de una permanente preocupación por el cultivo del segmento disciplinar donde se desempeña.

Un prolijo recorrido por su obra escrita encuentra:

“Immanuel Kant y el Derecho Internacional Público”, *Seminario sobre Filosofía del Derecho Internacional Público*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1976.

“Relaciones entre Estados y Organismos Internacionales”, *Cuadernos de los Institutos*, N<sup>o</sup> 140-141, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba, 1981.

“El Conflicto frente a la seguridad colectiva e individual de los Estados”, *Asociación Argentina de Derecho internacional y Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1981.

“El Mar Argentino”, *El Derecho Internacional en los Congresos Ordinarios de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1981 (en colaboración con Graciela Salas).

“Dos Propuestas sobre el Nuevo Orden Internacional”, en *El Derecho Internacional en los Congresos Ordinarios de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1981 (en colaboración con Graciela Salas).

“América Latina y los Procesos de Integración”, *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XLV, enero-diciembre 1982, Año XLVI, enero - diciembre 1983, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1982.

“Cooperación Argentino-Uruguay”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional, Volumen Primero*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1983 (en colaboración con Graciela Salas).

“Educación para la Paz”, *Voces de la Cultura*, Dirección Provincial de Cultura de la Provincia de Chubut, 1986.

“Sugerencias Relativas a Técnicas de Aprendizaje en Ciencias Sociales”- Material de Clase en *Seminario Introductorio a los Estudios de la Abogacía*- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1987.

“Libre Determinación de los Pueblos: colonialismo formal – neocolonialismo - colonialismo interno”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Tomo III (1987-1989).

*Dos Cuestiones Territoriales Argentinas: Malvinas-Antártida*, Edit. HE, Córdoba, 1990 (Libro).

*Dos Cuestiones Territoriales Argentinas: Malvinas-Antártida*, 2da. edición actualizada, Edit. HE, Córdoba, 1992 (Libro).

“La Enseñanza Aprendizaje del Derecho Comunitario en América”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Volumen V (1993).

“El Orden Jurídico Internacional en el Umbral del Siglo XXI”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Volumen 1, N° 2, Nueva Serie, Universidad Nacional de Córdoba, 1993.

“Pautas Metodológicas para la Elaboración de Programas de Derecho Internacional Público”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de Córdoba, Volumen II, N° 1, Nueva Serie, 1994.

*Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*, Estudios de Derecho Internacional, Ed. Lerner, Córdoba, 1994 (Libro en colaboración con Ernesto J. Rey Caro y Graciela Salas).

“Los Documentos Internacionales del Ámbito Regional Incorporados a la Constitución Nacional”, *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, Volumen VI, (1994-1995).

“Técnicas participativas en la organización de debates”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Volumen III, N° 2, Nueva Serie, 1995.

*Derecho Internacional Público-Casos Prácticos*, Ed. Lerner, Córdoba, 1995 (Libro).

*Relaciones de Córdoba con el MERCOSUR en Materia de Medio Ambiente*, Prólogo Pedro J. Frías, Edit. Lerner, Córdoba, 1996 (Libro).

“Los Mecanismos de Control y Sanción a las Violaciones del Derecho Internacional Humanitario” en *Cuaderno del Departamento de Derecho Público* N° 2- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1997.

“Responsabilidad Internacional en Materia Ambiental” y “Legislación Ambiental en la República Argentina” en *Cursos Interdisciplinarios Hispano-Argentinos 1995-1996*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (España) – UIBA, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.

“Jurisdicción Penal Internacional”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de Córdoba, N° 2, Vol.4, 1997.

“Controversia sobre el recorrido de la traza del límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy (Argentina/Chile) (“Laguna del Desierto””, Nota a Fallo, en *Revista de la Facultad* Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 4, N° 3. 1997.

“La Diligencia Debida como Eje de Articulación entre la Responsabilidad por Ilícito Internacional y la Responsabilidad por Actos no Prohibidos en Derecho Internacional”, en *Cuadernos del Federalismo*, N° XI, 1997.

“La Adhesión de la Comunidad Europea a la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales”, Nota a Fallo, en *Revista de la Facultad* - Universidad Nacional de Córdoba, Vol. V, N° 1, 1997.

*Globalización – Regionalismo - Integración*, Estudios de Relaciones Internacionales, Lerner, Córdoba, 1997 (Libro en colaboración).

“Responsabilidad Internacional”, en REY CARO, E.J. *et al. Derecho Internacional Ambiental: Nuevas Tendencias*, Lerner, Córdoba, 1998 (Libro en colaboración).

“La Labor de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU”, en *Curso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, El Copista, Córdoba, 1998.

“Concepto y Elementos del Derecho Sostenible” en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. VIII (1998).

“El Status Jurídico de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre a cincuenta años de su adopción”, en *Boletín Judicial de la Provincia de Córdoba*, T. 1, 1998.

“Jurisdicción Penal Internacional, aspectos procesales” en *Nuevos Estudios de Derecho Internacional Humanitario*, Colección Estudios Internacionales, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1998.

“La Construcción de la idea de desarrollo sostenible como derecho humano en la labor de las Naciones Unidas”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XXVII-1998, Instituto de Política Ambiental, Buenos Aires, 1998.

“La diligence due comme lien entre la responsabilité découlant d’un acte illicite international et la responsabilité découlant de conséquences préjudiciables d’activités non interdites par le droit international”, 1998 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“Concepto de Región”, en *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. IV, 1999.

“El Caso Pinochet: Análisis Jurídico”, en *Semanario Jurídico Comercio y Justicia*, Córdoba, enero de 1999.

“Los Derechos de Quinta Generación en el Sistema de la OEA”, en *Los Desafíos de la OEA para el Siglo XXI*, Francisco Ferreyra Editores, Córdoba, 1999.

“MERCOSUR: Nuevos Ámbitos y Perspectivas en el Desarrollo del Proceso de Integración”, en PUEYO LOSA J. - REY CARO, E. J. (Dir.), Ciudad Argentina, USAL. Madrid-Buenos Aires, 1999.

*La Crisis de Kosovo Sólo Puede Ser Comprendida en el Marco de la Escisión de la República Federativa Socialista de Yugoslavia*, E. Lerner, Córdoba, 1999.

“Pravni Oblik MERCOSUR-a” (“Perfil Jurídico del MERCOSUR”) en *Zbornik Radova Pravnog Fakulteta*, Split, Croacia, Año 36, N° 51-52, 1999.

“Malvinas: ¿El Derecho de la Fuerza o la Fuerza del Derecho?”, Lerner, Córdoba, 2000 (Libro).

“Regionalización de la Provincia de Córdoba (Consideraciones Jurídico Ambientales)-Aspectos Metodológicos de una Investigación Interdisciplinar”, Lerner, Córdoba, 2000 (Libro en colaboración. Directora y co-autora).

“Ordenamiento Legal en Materia Ambiental en la Provincia de Córdoba-Provincial y Municipal (Diligencia Debida del Estado)”, Lerner, Córdoba, 2000 (Libro).

“Primeras Jornadas sobre Regionalización y MERCOSUR”, Lerner, Córdoba, 2000 (Libro en colaboración. Co-directora y autora).

“Reflexiones sobre la Enseñanza del Derecho Internacional”, en *Jornadas de Derecho Internacional*-Organización de Estados Americanos-OEA, Washington, 2000 (En colaboración con Rey Caro, E.J.).

“El ‘Principio de Precaución’ en Materia Ambiental - Nuevas Tendencias”, *ANALES* de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Morales, Instituto de Política Ambiental, Buenos Aires, 2000.

“Algunas Consideraciones sobre Jurisdicción Nacional e Internacional en Caso de Violación de los Derechos Humanos”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. X, Córdoba, 2000.

“La Dimensión Ética de la Enseñanza del Derecho Internacional Público”, en *Cuaderno del Departamento de Derecho Público*, Universidad Nacional de Córdoba, 2000.

*Técnicas de Aprendizaje en Derecho y Ciencias Sociales*, Lerner, Córdoba, 2000.

“La Humanización del Derecho Internacional Público”, *Instituto de Educación*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“Diferencias entre Jurisdicción Penal Internacional y protección internacional de los Derechos Humanos”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. X, 2000.

“*Principales Impulsores de la Regionalización*”, Lerner, Córdoba, 2001. (Libro).

*Compilación Comentada de Tratados Internacionales en Materia de Derecho Internacional Ambiental Vigentes en la República Argentina y en el MERCOSUR*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001 (Libro en colaboración. Dir. y co-autora).

“Principio de Precaución en Materia Ambiental”, en *Humanismo Ambiental. Terceras Jornadas de Reflexión*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2001.

“Participación de las Regiones Internacionales en los Procesos de Integración”, en *Temas*, N° 9, Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba, 2001.

“La Organización de la Comunidad Internacional a Inicios del Tercer Milenio”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Vol. 39, 2001 (Publicado también en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Sección Doctrina, [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)).

“Principios de Precaución y Prevención en el Derecho Internacional Americano”, *Jornadas de Derecho Internacional de la OEA*, Secretaría de la OEA, Washington, 2001.

“Pravni Institucionalni Profil MERCOSUR-a” (El perfil institucional del MERCOSUR), en *Annals of Maritime Studies*, N° 39, Rijeka, 2001.

“Posición Argentina ante Asuntos Clave de las Naciones Unidas”, en *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 6, 2001.

“Vías de Participación de las Regiones Intranacionales en los Procesos de Integración. Aspectos Institucionales”, 2001, publicada en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Sección Doctrina ([www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)).

“Tendencias Latinoamericanas en Materia de Derecho del Mar”, en *Zbornik Pravnog Fakulteta*, Zagreb, Vol. 51, 2002.

“Las Normas Imperativas de Derecho Internacional General. Dimensión Sustancial”, en Drnas de Clément (Ed.) *Estudios de Derecho*

*Internacional en Homenaje al Prof. Ernesto J. Rey Caro*, Lerner, Córdoba, 2002.

“Kosovo y la Legalidad de la Acción de la OTAN”, 2002, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, publicada en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Sección Doctrina ([www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar))

Prólogo del libro de María Carola Sajem, *Análisis Transdisciplinar de la Solución de Controversias en el Mercosur. Rol de los Grupos Económicos y el Tribunal Arbitral en el Avance de la Integración*, Lerner, Córdoba, 2002.

Prólogo del libro de Carlos Grimaux, *Sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR*, Advocatus, Córdoba, 2002.

“El Principio de Complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incoherencias Sistémicas”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2002.

“Responsabilidad Internacional por Daño Transfronterizo”, en *Cuaderno de Federalismo*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Vol. 15, 2002.

“El *Jus ad Bellum* en el *Crimen de la Guerra* de Alberdi y la Evolución del Derecho Internacional”, en *Libro Homenaje a Alberdi*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Advocatus, Córdoba, 2002.

“Vías de Participación de las Regiones Intranacionales en los Procesos de Integración. Aspectos Institucionales”, en *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de Córdoba, Vol. VI, 2002.

“Tendencias latinoamericanas en materia de protección del medio marino (con especial mención a los países del MERCOSUR)”, publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Sección Doctrina ([www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)).

“Responsabilidad Internacional de los Estados en Materia Ambiental”, en *Simposio Internacional sobre Legislación y Derecho Ambiental*, ICAM-UICN, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

“Principio de Prevención de Daño Transfronterizo en el proyecto de la Comisión de Derecho internacional de la ONU”, *Centro de Estudios e Investigaciones del Colegio de Abogados de Madrid*, 2002.



“El Daño Deliberado y Sustancial al Medio Ambiente como Objetivo, Medio o Método de Guerra”, en *Lecciones y Ensayos*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Lexis Nexis, Buenos Aires-Ginebra, 2003.

“Jerarquía de los Tratados Internacionales de Conformidad al Derecho Internacional y a la Constitución Nacional”, en *Sesquicentenario de la Constitución Nacional* (obra colectiva), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Advocatus, Córdoba, 2003.

“Las Restricciones No Arancelarias como Instrumento Normativo Comercial y de Protección Ambiental en el MERCOSUR”, *Anuario VII* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de Universidad Nacional de Córdoba, 2003.

“Alcance y Sentido del Acto de Determinación de una Amenaza a la Paz, un Quebrantamiento de la Paz o Acto de Agresión por parte del Consejo de Seguridad”, *XXX Curso del Comité Jurídico de la OEA*, Secretaría de la OEA, Washington, 2003.

“El tratamiento de los recursos naturales compartidos por parte de la CDI en su sesión de 2003”, *Instituto de Federalismo*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“Legalidad de los Fundamentos Jurídicos Invocados por los EE.UU. para Justificar su Invasión a Iraq en el 2003”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Pampa*, 2003-2.

“Los Recursos Naturales Compartidos entre Estados y el Derecho Internacional”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2003.

“Sistema Multilateral de Comercio. Los Subsidios Agrícolas de los Países Industrializados”, en *La Voz del Foro*, Publicación Mensual del Foro de Abogados de San Juan- Año II, 2003.

“Contramedidas. Derechos diferenciados de los lesionados *in capita* y los lesionados *in stirpes*”, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Catamarca, 2003 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“El Derecho a la Información sobre Asistencia Consular Contemplado en el Art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares”, publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Sección Doctrina (2003 [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)).

“Las restricciones no arancelarias como instrumento normativo comercial y de protección ambiental en el MERCOSUR”, *Asociación Argentina de Derecho Internacional*, Catamarca, 2003 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

*Derecho Internacional Público- Parte General- Guía de Estudio Vol. I*, Lerner Editora. Córdoba. 2004 (Libro).

*Derecho Internacional Público- Organizaciones Internacionales- Guía de Estudio. Vol. II*, Lerner. Córdoba, 2004 (Libro).

“Las Restricciones No Arancelarias en el MERCOSUR”, *Anuario VII* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales-Universidad Nacional de Córdoba, 2004.

*Comercio y Ambiente*. Publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Sección Doctrina, 2004 ([www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)).

“The Environmental Precautionary Principle (With Particular Reference to the Law of the Sea)”, en *Pomorski Zbornik*, Rijeka-Zagreb-Split, V. LVI, 2004 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“La Compatibilidad entre Comercio y Ambiente como Principio Rector de su Interactuación”, en *OTROSI*, Publicación Informativa del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, España, septiembre 2004, N° 59, 3ª época, 2004.

*Nota a fallo de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto LaGrand (Alemania c/ EE.UU.)*, 2004. Publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Sección Doctrina ([www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)).

“La invasión de EE.UU. a Iraq: Legalidad-Legitimidad vs. Pragmatismo Globalizante”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba y Ciencias Sociales*. Año Académico 2004. Publicado en página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Sección Doctrina ([www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)).

“Mitos y Realidades del Desarrollo Sostenible”, en *Semanario de Actualidad Jurídica de Córdoba*, N° 70, Córdoba, 2004.

“Comentario al Laudo VI del TAH del MERCOSUR”, *Cuaderno I Doctrina Jurisprudencial de los Laudos del MERCOSUR*, Instituto de Derecho Internacional Público y derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2004.

“Distribución de los beneficios de los recursos genéticos”, en *Jornada de Derecho Ambiental*, Academia Nacional de Derecho, Advocatus, Córdoba, 2004.

*Desarrollos del MERCOSUR. Políticas Sociales* (Directora y coautora), Editorial Lerner, Córdoba, 2005 (Libro con apoyo económico de la SECyT/UNC).

*Comercio y Ambiente. Restricciones no arancelarias como medida de preservación ambiental*, Ed. Lerner, Córdoba, 2005.

“El principio de precaución en el Mar”, en Rey Caro, E.J.- Baric Punda, V- Drnas Z. *Estudios sobre Derecho del Mar*, Lerner, Córdoba, 2005.

“Principios Generales del Derecho Internacional Ambiental como Fuente Normativa. El Principio de Precaución”, en *Libro Homenaje al Prof. Carlos Febres Pobeda* (Venezuela), Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Caracas, Venezuela, 2005.

“Un Análisis comparativo de distintos sistemas de solución de controversias en zonas latinoamericanas de integración: Sistema de Integración Centroamericano, Comunidad Andina y MERCOSUR”, en *Anuario VIII CIJS*, 2005.

“La Convergencia de los Procesos de Integración Regional”, *Cuaderno de Federalismo*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Advocatus, Córdoba, 2005.

“Participación de los entes subnacionales en los procesos de integración”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2005 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“La obligación de cooperar (en particular, obligación de intercambiar información y monitorear la existencia de riesgos) como parte de las obligaciones de protección y preservación protectoria del medio marino”, *Academia Nacional de Derecho*, 2005 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“The Madrid Protocol: The precautionary principle and its implementation in Argentina”, en *The Antarctic Legal System and Environmental Issues*, Istituto di Studi Giuridici Internazionali, Giuffrè Editore, Roma, 2006.

“El ‘Jus Cogens’ en los Fallos de la CSJN”, *Cuaderno 2* del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Córdoba, Advocatus, 2006.

“El Diferendo por las Celulósicas de Fray Bentos a la luz del Derecho internacional”; *Revista de Derecho Ambiental*, Lexis Nexis, Buenos Aires, N° 6, 2006.

“El conflicto argentino-uruguayo por las pasteras ¿es un juego de suma cero?”, *Revista Noticias UCC*, Año XXIV, N° 246; Córdoba, abril 2006.

“Cuestiones de hecho y de derecho en la controversia argentino-uruguaya por las celulósicas”, *Revista Agenda Internacional*, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006/2.

*La Agenda argentino-uruguaya a la luz de la Ordenanza de la CIJ de 13 de junio de 2006*, Córdoba, 2006, publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ([www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)).

“La Ordenanza de la CIJ sobre la aplicación de medidas provisionales en el caso de las pasteras uruguayas, ¿constituye un revés para Argentina?”, *Revista Electrónica CAEI*, 2006, Buenos Aires ([www.caei.org.ar](http://www.caei.org.ar)) ([www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)).

“La cuestión de los Cortes de rutas entrerrianos como respuesta a la instalación de las pasteras en Fray Bentos debe ser dirimida ante la CIJ”, *Revista electrónica del Centro de Estudios Avanzados de la UNC*, 2006 ([www.cea.unc.edu.ar](http://www.cea.unc.edu.ar); [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)).

“Un Fallo Postmoderno (Laudo arbitral del MERCOSUR de 6 de septiembre de 2006)”, en *DeCITA* (Barcelona-Buenos Aires), 2006-6. Publicado también en *Revista de Derecho Ambiental*, Vol. 13, 2008.

–”Principios Generales del Derecho Internacional Ambiental como Fuente Normativa. El Principio de Precaución”, en *Anuario IX* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2006.

“La Crisis jurídica generada por las pasteras uruguayas”, *Lexis Nexis Córdoba*, N° 3/2007.

*Il caso delle cartiere sul fiume Uruguay: l'ordinanza della Corte internazionale di giustizia sull'applicazione di misure provvisorie* (Trad. Realizada por el ISGI-Roma) (<http://www.colomboduemila.com/ga/pdf/rivista/2007num02pag163.pdf>).

“Aspectos conceptuales del principio de precaución ambiental”, *Anuario* del Instituto Hispano Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional, El Escorial-España, 2007.

“Las fuentes del Derecho Internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, XV Congreso Argentino de Derecho Internacional, 2007 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“Problemas ambientales en el Río Uruguay. El caso de las pasteras (Argentina v. Uruguay)” (trabajo en colaboración con Waldemar Hummer), *Unión Europea y MERCOSUR, Desarrollos Recientes*, Innsbruck - Córdoba, 2007.

“Responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a norma imperativas de derecho internacional general”, *In memoriam al Prof. Santiago Benadava*, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile y Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Santiago, 2007.

“El Derecho Internacional en las sentencias de la Corte Suprema”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2007.

*Grilla de laudos arbitrales del MERCOSUR*, 2007, Sección Doctrina de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“Presente y futuro de las Relaciones MERCOSUR-Unión Europea”, 50 Aniversario del Tratado de Roma, Santiago de Compostela, 2007 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“La conservación de los bosques nativos como condición indispensable de la preservación de la diversidad biológica (El caso de las forestaciones para celulosa y madera en el área costera del Río Uruguay)”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2007 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“The Humanization of international Courts”, *Libro Homenaje al Prof. B. Bakotic*, Universidad Nacional de Zagreb, Martinus Nijhof, Leiden 2008.

“Some Questions on Responsibility in the Antarctica in relation to the recent claims of extended continental platform”, en *Antarctica in our time*, Giuffrè Milano Ed., 2008.

“*La Práctica Argentina en Materia de Aplicación del Principio de Precaución Ambiental en el Marco del Desarrollo Sostenible*”, Lerner, Córdoba, 2008 (Libro).

*El Derecho Internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Selección de fallos de Derecho Internacional*, 2008, Sección Doctrina de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“Transregionalismo en las relaciones Unión Europea-MERCOSUR” en Hummer, W. (Ed.) Drnas, Z. (Coord.) *Mercosur y Unión Europea. Segundas Jornadas Científicas EULATIN II-ALFA*, Sao Paulo, Lerner, Córdoba, 2008.

“El sistema de solución de controversias de UNASUR y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso”, *Anuario del Centro de Investigaciones*, Vol. X, Córdoba, 2008.

“Las restricciones no arancelarias como instrumento de preservación ambiental y como instrumento comercial en el marco del sistema multilateral de comercio”, *Secretaría de Ciencia y Técnica-UNC*, 2008 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“Procesos de integración latinoamericanos y su relación con otros procesos regionales”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, Advocatus, Córdoba, 2008 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“Bosques nativos”, en Otaegui, Cassagne *et al.* *Tutela jurídica del Medio Ambiente*, Advocatus, Córdoba, 2008.

Vocablos *MERCOSUR* y *Mecanismos de solución de controversias*, en *Diccionario de Derecho Procesal*, Córdoba, 2008-2009.

“Las reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Asociación Argentina de Derecho Internacional*, Rosario, 2009 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“Participación internacional de los Entes Sub-nacionales”, en *Las Ciudades y los Poderes Locales en las Relaciones Internacionales Contemporáneas*, Dykinson, Madrid, 2009.

“Responsabilidad de las Corporaciones Transnacionales”, *Cuaderno III*, Instituto de Derecho Internacional Público y derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho, 2009.

“La inconclusa puja entre objetivistas y subjetivistas en los proyectos sobre responsabilidad internacional de la Comisión de Derecho Internacional”, en Álvarez Londoño, L.F. *et al.* *El derecho internacional entre lo jurídico y lo político. Homenaje al Profesor Rafael Nieto Navia*, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá-Colombia, 2009.

Prólogo del libro de Ramacciotti, B. M., *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*, Lerner, Córdoba, 2009.

*Conflicto fronterizo esloveno-croata sobre la Bahía de Piran/Savudrija/Dragonja*, 2009 ([www.sudiacroatica.org](http://www.sudiacroatica.org)).

“Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Cuarta instancia?”, en *Drnas de Clément, Z. – Badeni, G. – Haro, R. ¿Se ha convertido la Corte Interamericana en una Cuarta instancia?*, Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2009.

“Arbitraje y proceso de integración económica regional: La experiencia en el MERCOSUR, en *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional, Vol. 19, Madrid, España, 2009.*

“*El Derecho internacional ambiental como sub-disciplina del derecho Internacional en la era global*”, *Encuentro de Academias, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, 2009.*

“Algunas consideraciones en torno al concepto de “Organización Internacional” (OI) en el proyecto de la CDI sobre responsabilidad por hechos ilícitos de las OI”, Sección Doctrina de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“La ‘cláusula ambiental’ en el MERCOSUR”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional, Vol. XVII, Córdoba, 2009* ([www.aadi.org.ar](http://www.aadi.org.ar)) ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“Algunas consideraciones en torno al fallo de la CIJ sobre las pasteras uruguayas (sentencia de 20/04/2010), *Revista de Derecho Ambiental, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2010.*

“El fallo de la CIJ sobre las pasteras del río Uruguay: Lejos de la concepción de recurso natural compartido”, *Anuario XII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2010.*

“Introducción a la preparación de un trabajo monográfico”, Centro de Investigaciones Jurídica y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2010 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“Cambio Climático: Algunas consideraciones de carácter introductorio”, *Cuaderno I “Cambio Climático*”, Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2010.

*La Aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la CSJN. (Fuentes, Subjetividad, Órganos de representación, Inmunidad de jurisdicción y ejecución)*, Lerner, Córdoba, 2010 (Libro en colaboración con Sartori, M. S.).

“Regulación Internacional en materia de aguas dulces”, *Cuaderno II Agua* del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Advocatus, Córdoba, 2010.

“Percepción objetivista de la responsabilidad en el fallo de la CIJ sobre las pasteras uruguayas, ajena a la concepción de Recurso natural compartido y a la protección del medio ambiente”, *Estudios Digitales Revista electrónica del Centro de Estudios Avanzados* de la Universidad Nacional de Córdoba, 2010.

“Argentina en la Sociedad de Naciones y en las Naciones Unidas”, en *Cuaderno V Homenaje al Bicentenario. Aportes Argentinos y Latinoamericanos al Derecho Internacional*, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho, Advocatus, Córdoba, 2010.

“La construcción de valores comunes en materia de protección internacional de los derechos humanos”, en Guzmán Dalbora, J. L. (Coord.) *Libro de Homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de Valparaíso*, Santiago de Chile, 2010.

“Claroscuros del aporte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Congreso Internacional “200 años de Iberoamérica (1810-2010)”*, Consejo Español de Estudios Iberoamericanos (CEEIB), Universidad de Santiago de Compostela, España, 2010.

“El Derecho Internacional ambiental como subdisciplina del Derecho Internacional Público en la era global”, *Encuentro de Academias Nacionales de Derecho*, Advocatus, Córdoba 2010.

“Procesos de integración latinoamericanos en la era de la Globalización”, en *Cuaderno IV Realidad y perspectivas de los procesos de integración*, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2010.

*Prólogo al libro de Bertoni, L. Papeleras en Cuestión. Controversia entre Argentina y Uruguay por la instalación de plantas de fabricación de pasta de celulosa en el área del río Uruguay*, Eudeba, 2011.

“La equidad *contra legem* en la sentencia de la CIJ en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo*”, 2011 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).



“La protección internacional de los bosques de todo tipo”, *Cuaderno III Bosques* del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Advocatus, Córdoba, 2011.

“El principio de soberanía estatal”, *A gestão do Sistema Aquífero Guaraní: un exemplo de cooperação*, Instituto de Geociências-USP, São Paulo-Brasil, 2011.

“Biosphere Reserves and World Heritages Sites in Argentina”, ISGI-UNESCO ([http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/2\\_7.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/2_7.pdf))

“Fuentes del Derecho Internacional del Medio Ambiente” (Cap. II), en Sindico, F. –Fernández Egea, R. – Borrás Pentinat, S. (Coord.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente. Una Visión desde Iberoamérica*, Cameron May, Londres, 2011.

“Principios generales aplicables a los cursos de agua y acuíferos internacionales”, en Hinojo Rojas M. (Coord.) *Liber Amicorum Profesor José Manuel Peláez Marón, Derecho Internacional y Derecho Europeo*, Universidad de Córdoba-España, 2012.

“Sistema Acuífero Guaraní: Consideraciones fáctico – jurídicas”, en *Anuario XIII*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, La Ley, Buenos Aires, 2012.

“La equidad *contra legem* en los fallos de la CIJ”, en Llanos Mardones, H. - Picand Albónico, E. (Ed.) *Estudios de Derecho Internacional Libro Homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012.

“La aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en el fallo de la CIJ de 1 de abril de 2011”, *Cuaderno VI* del Instituto de Derecho Internacional Público del la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Advocatus, 2012.

*Derecho Internacional Público. Jurisprudencia Seleccionada*, Advocatus, Córdoba, 2012. (Libro en colaboración con Pagliari, A. y Salas, G.).

“El principio de soberanía estatal en el acuerdo sobre el Acuífero Guaraní y en el proyecto de la CDI sobre acuíferos transfronterizos”, *A Gestão do Sistema Aquífero Guaraní: Um exemplo de cooperação*, Centro de Investigación en Aguas Subterráneas (CEPAS-IGc) de la Universidad de São Paulo, Secretaría de Medio Ambiente del Estado de São Paulo, Universidad de Surrey (Reino Unido), UNESCO, San Pablo, 2012 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“Nuevas formas de representatividad democrática, ¿igualdad política?”, *VIII Encuentro de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica*, Instituto de Chile, 2012 ([www.institutodechile.cl](http://www.institutodechile.cl); [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“Derechos especiales/regímenes autónomos y el derecho internacional”, en Cardona Llorens, J. *et al.* (Ed.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

“Piratería en el mar y los derechos humanos de las víctimas de piratería”, Urbina, J. J. –Ponte Iglesias, M.T. *Protección de intereses colectivos en el Derecho del Mar y Cooperación Internacional*, Iustel, Madrid, 2012.

“The legal role of the sentences and recommendations of international bodies created for the protection of human rights”, en Seršić, M. *et al.* *Liber Amicorum Professor Budislav Vukas*, Koninklijke Brill N.V., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013.

“Interpretación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales internacionales”, en Torres Bernardez, S. (Ed.) *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013.

“Malvinas ¿Qué valor jurídico tiene el referendo a realizarse en marzo de 2013?”, *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público (RECORDIP)*, 2013 (<http://www.revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/4768/4566>).

“Seguridad alimentaria en la evolución de la sociedad internacional. Fortalezas y Debilidades de su Comité de Seguridad Alimentaria”, *Cuaderno IV Bioseguridad*, Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, 2013.

“El rol de los tribunales internacionales: Desde la visión constitucionalista, sistemática, jerarquizada a la postmoderna, transnacional, voluntarista”, *Cuaderno VII Medios de solución de controversias en el Derecho internacional contemporáneo*, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, 2013 (en prensa).

“Reflexiones sobre anclajes y despliegues del principio de libre determinación de los pueblos en el tiempo”, en REY CARO, E.J. *et al.* (Dir.) *Libro Homenaje a los Cuatrocientos años de la Universidad Nacional de Córdoba*, Córdoba, 2013 (en preparación para su publicación).

“Los Principios generales del Derecho internacional público como base del orden público internacional”, *Cuaderno VIII Principios Generales del Derecho Internacional Público y su prospectiva*, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (en preparación para su publicación) ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

“Biorremediación en casos de contaminación por hidrocarburos”, *Cuaderno V Biotecnología y Ambiente*, Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

A todos estos trabajos, afanes e itinerarios de toda una vida, a una existencia verdaderamente ejemplar dedicada con fortaleza y templanza de espíritu, con dulzura y paciencia infinitas a la docencia universitaria de grado y postgrado y a la investigación científica, intenta honrar hoy la obra que presentamos: “*Estudios en Homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*”

Una obra que aspira a homenajear y poner de relieve la madera de un profesor, esa mezcla exacta de ternura y tenacidad que convierte además, a un docente en un Maestro.

Los coautores de este merecido *Libro Homenaje* constituyen un núcleo de activos y comprometidos docentes de nuestra Casa, con una característica que los define y los precisa de manera singular: *todos han transitado felizmente los trayectos de Doctorados, Maestrías y Especializaciones en el núcleo disciplinar que comparten como propio*, todos han abrevado en los textos de la autora que homenajeamos, todos han investigado junto a ella y discutidos con ella sus proyectos, promisorio recorrido que acredita su confesa vocación por el conocimiento profundo, lo único que quizá nos acerca a la inmortalidad.

Bienvenidos pues todos estos ponderables esfuerzos que prolongan y reafirman una señera tradición de estudio y trabajo en nuestra Casa.

*Córdoba 20 de diciembre del 2013.*

*Doctora Marcela Aspell.*

*Decana.*

*Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.*

*Universidad Nacional de Córdoba.*

## **LA FUERZA DEL TRABAJO.**

### **La regulación del aprendizaje industrial en la primera mitad del siglo XIX**

Marcela ASPELL

#### **Resumen:**

La presente investigación estudia las formas que adoptó el aprendizaje industrial en la ciudad de Buenos Aires en la primera mitad del siglo XIX, en el marco de una legislación vaciada en el modelo francés y que intentaba conformar una clase de industriales hábiles en los nacientes talleres de una ciudad empeñada en ampliar sus resortes de producción.

Jóvenes puestos por sus propios padres o tutores o por el Estado, haciendo las veces de aquél, bajo la protección y guía de los maestros artesanos, asumiendo éstos la dirección de su formación profesional y el amplio abanico de las obligaciones inherentes al rol de un *pater*, por contratos asegurados bajo la rúbrica de escribanos o por la difundida y espontánea práctica de la registración policial, que a la par que les aseguraba la efectiva prestación de la enseñanza profesional por parte de sus maestros, garantizaba el auxilio gratuito de la mano de obra de los aprendices en el servicio en los talleres.

Dos intereses sectoriales pues, pero que se conjugaban a un mismo fin. Maestros y aprendices se necesitaron recíprocamente y aunaron esfuerzos para satisfacer exigencias simultáneas.

El sistema, aunque a todas luces no importó el asentamiento y desarrollo de una significativa clase industrial, pareció contar, empero, con una saludable lozanía a juzgar por la presencia de contratos posteriores de oficiales que convienen con sus antiguos maestros artesanos la instalación de talleres por cuenta propia, adelantándoles estos a los primeros las sumas necesarias o las herramientas y el acopio de mercadería necesarios para el establecimiento y desarrollo de los mismos.

**Palabras clave:** Derecho del trabajo. Siglo XIX. Aprendizaje. Contratación de trabajadores.

**Abstract:** This research studies the forms that were adopted by industrial learning in the city of Buenos Aires in the first half of the 19th century, in the framework of a legislation inspired by the French Model that was trying to shape an industrial working class in the workshops of a city committed to expand its production.

Young people used to work under the protection and guidance of the master craftsmen, who assumed their professional training and the wide range of the obligations that were inherent to the role of a *pater*. These obligations were established by contracts insured under the rubric of notaries or the spontaneous and widespread practice of police registration.

In this relation between masters and apprentices interests, we can observe different interests, but these two groups needed each other, so those different interest were merged into the same goal. The system, although it did not meant the development of a significant industrial class, developed because the apprentices became the masters and installed their own workshops.

**Keywords:** Work law. 19Th century. Learning. Recruitment of workers.

## Los inicios de la legislación del trabajo. Los trabajos y los días

El Derecho patrio del trabajo se construyó en la primera mitad del siglo XIX al calor de regulaciones penales y militares, que reconocen una definida impronta castellana indiana y bajo esta impronta se vaciaría en los primeros moldes fundidos por las necesidades de un Estado tan débil, joven e impreciso como ella misma.

Los azares de la guerra por la independencia política, a los que pronto se sumarían las disensiones intestinas -mantenidas por las lanzas montoneras y los enfrentamientos partidarios- condicionaron la atención de los gobiernos, obligaron a torcer el curso de los empréstitos y el dictado de los primeros elencos normativos sobre la materia adecuándolos a los objetivos de la administración pública, en pro de la seguridad política del Estado.

Mantener a los poderes institucionales en los límites de los cuadros de sus facultades y atribuciones respectivos, resultaba tarea ardua en la pequeña ciudad que había surgido del geométrico damero que trazara Juan de Garay, tan ardua quizá como la organización de la vida y trabajo de sus habitantes.

Hábitos contumaces de antigua tradición hispánica teñían el delantal del artesano con tintes deshonorosos, que ni aún el empeño real había conseguido disolver, y, esta antigua aversión al esfuerzo físico continuaba en la *Gran Aldea*, decimonónica abonada por la feracidad de sus contornos, que en buena parte ahorraban a sus habitantes de la preocupación por sobrevivir.

La prodigiosa multiplicación de los primeros ganados traídos por Don Pedro de Mendoza en 1536 o desde Asunción en los años sucesivos, y que corría libre y cimarrón, bastaba para asegurar el mínimo sustento de la población rural y para “*los vicios*”, un esporádico empleo alcanzaba a proveerlos, cuando no, la buena suerte en tabernas y pulperías.

La misma pampa, en sus anchísimas praderas invitaba a la soledad, reñía al trabajador con las ataduras de la dependencia laboral. Madre complaciente, lo acogía bajo sus estrellas, le proporcionaba su alimento y lo devolvía después, sin reproches a los placeres de la vida urbana.

La abundancia de la tierra conspiraba contra el progreso del país, lo convertía en un feliz espacio de pastores, que cuidaban sus rebaños.

La planicie, en su bucólico conjunto privaba a sus habitantes de todo enfrentamiento natural. La pampa no se gibaba en cumbres, no se despeñaba ni se erguía, ningún accidente rompía la monotonía del paisaje. La tierra era redonda, infinita, como infinitos eran sus recursos, el mismo río era infinito, benigno el clima.

Aquellas mezquindades españolas que medían por centímetros el suelo, que albergaban ganados en estrechos establos a costa de las privaciones de pastores y labradores se disolvían en América. Hábitos de ahorro, de angustias transferidas de generación en generación, secretos para sobrevivir en el terruño castellano se olvidaban en el esplendor de una tierra generosa.

Pero las cosechas soportaron una y otra vez la renovada expectativa de su propia pérdida. Peones y jornaleros se resistían a abandonar las delicias del ocio que amparaban las pulperías y las canchas de juego, desesperando a las autoridades que no vacilaron en echar mano al viejo recurso del reclutamiento forzoso de vagos, *malentretenidos* presos y hasta operarios urbanos empleados en otros trabajos, para volcarlos a las tareas de la siega.

Sin embargo, estas transferencias compulsivas de mano de obra en la que los gobernantes hispánicos habían hallado el remedio para salvar la cosecha, no tardaron en la época independiente en encontrar obstáculos porque conspiraban contra la libertad de trabajo como contra la especialización que buscaba la pequeña ciudad.

Así en 1815, se negó el Gobierno a recurrir al remozado expediente argumentando el respeto que inspiraban “las particulares inclinaciones” de los trabajadores.<sup>1</sup>

La oposición encontraba empero argumentos más sólidos en la desprotección que significaba para las industrias afectadas el privarles, en determinada época del año de los brazos ocupados en su aliento para favorecer otras áreas de la producción.

Una mano de obra diversificada es la solución que en la época propiciaba Beaumont:

“...Y si tienen manos hábiles para más de una industria, tanto mejor...”<sup>2</sup> razonaba, cuando meditaba sobre las cualidades que debían reunir los trabajadores que decidieran embarcarse para estas playas.

Pero, más allá de los empeños de ministros de estado, artesanos e industriales, una serie de contradanzas guiaba pertinaz e inapelable, la estrella de aquellos que vivían por sus manos.

La guerra trocó, por ejemplo, decisivamente, el destino de la clase trabajadora. *Vagos y malentretenidos* alimentaron hasta la saciedad los batallones remontados para la lucha contra el español y el indio. Los esclavos siguieron también este rumbo y marcharon en la infantería de combate con aquella misma resignación y tenacidad con la que se habían volcado a estas tierras las grandes razas del mundo en los formidables encuentros de los siglos XV XVI.

## La condición de los trabajadores

Exceso de vagos, *malentretenidos* y desempleados y falta de trabajadores, fue la contradicción que mantuvo prácticamente todo el siglo

---

<sup>1</sup> El Mensajero Argentino. 19 de diciembre de 1826 citado por José María Urquijo en “La mano de obra en la industria porteña 1810-1835” en Boletín de la Academia Nacional de la Historia T. XXXIII, Segunda Sección, pág. 620. Buenos Aires, 1962.

<sup>2</sup> J.A.B. Beaumont: “Viajes por Buenos Aires, Entre Ríos y la Banda Oriental (1826-1827)”. Cap. IX pág. 285. Librería Hachette S.A. Buenos Aires, 1957.



XIX, y que lograba su explicación en la idiosincrasia de los habitantes y en la abundancia de medios para sobrevivir sin trabajar.

Esta falta de trabajadores, convencía a un curioso viajero de la época, William Mac Cann que el país atravesaba por una faz “*pastoril*”, superado el primer estadio de la “*caza*”, pero sin alcanzar todavía las etapas de la “*agricultura*” y el “*comercio*”, en las cuales subdividía los afanes del desarrollo del progreso social. Y diagnosticaba:

*“Al presente no hay muy buenas perspectivas para la industria en el país por falta de trabajadores que permitan al capitalista llevar adelante un plan sostenido de operaciones en gran escala”.*<sup>3</sup>

Elocuentes testimonios exhumados de los archivos decimonónicos, nos ilustran sobradamente sobre el tema:

En los albores de la Revolución lo anunciaba Salvador Alberdi, diputado consular por Tucumán, al Consulado de Buenos Aires, imponiéndole el resultado negativo de las gestiones que llevara a cabo, cumpliendo el encargo de las autoridades porteñas, para lograr el envío de cien trabajadores, que se desempeñarían en las obras del muelle de la ciudad, pese a la lúcida oferta de un salario mensual de ocho pesos y ración de pan, carne y yerba.<sup>4</sup>

Razonaba el Comisionado:

*“...tengo por imposible o al menos por muy difícil el envío, en atención a la condición voluble y desidiosa de esta gente, a que se agrega el detalle que tienen hecho aquí de que ninguno se ha de sujetar a trabajo pactado sin que exija primero 3 meses de sueldo por adelantado, cuyo préstamo... muy pocos cumplirán...”*<sup>5</sup>

Retornando, en el consejo que se permitía proporcionar al Prior Consular, la antigua práctica de la recogida de vagos:

*“De esta gente hay mucha que pasa la vida en juegos, rapiñas y otros entretenimientos viciosos impunes de todo castigo, por las*

<sup>3</sup> William Mac Cann: “*Viaje a caballo por las provincias argentinas*”. Cap. VII, pág. 119. Ed. del Solar Hachette. Biblioteca Dimensión Argentina. Buenos Aires, 1969.

<sup>4</sup> Archivo General de la Nación. (en adelante A.G.N.) Sala IX, C 4 A 6 N° 4 Fs. 57.

<sup>5</sup> Ídem.

*dificultades que embarazan su remisión a presidios y con superior permiso que puede obtener V.S. los jueces de esta campaña con mucha facilidad pueden hacer una recogida considerable de ellos y el Cabildo, para bien de la sociedad y de los hacendados, encargarse de su envío en las tropas de carretas, con custodia que pueda costearse de los jornales que rinda el trabajo de estos mismos en prorrata, cuya propuesta siempre que se verifique, producirá los efectos siempre favorables para limpiar a los campos de esta ciudad de una porción de holgazanes viciosos, extremadamente perjudiciales a los hacendados y otros pudientes y trasladarlos de estos mismos a otra parte, haciéndolos útiles al estado y a ellos mismos, dándoles ocupación lucrativa y honesta”<sup>6</sup>.*

Lo dijo, 8 años más tarde, el General San Martín, en un oficio dirigido al Cabildo de Mendoza, informando que en la fábrica de pólvora establecida en la ciudad:

*“... no pueden emprenderse las labores por absoluta falta de brazos que la activen. Se han tocado varios arbitrios para tener peones pero han sido infructuosos”<sup>7</sup>.*

Encomendando efectuara la institución “una derrama entre los vecinos” para cubrir 20 vacantes, premiadas “con salario ventajoso y la excepción de enganche para las armas”<sup>8</sup>.

Por su parte, el Juez de Paz de San Pedro informaba a Rosas en 1832 que tan grande era la población de “vagos y malentretenidos” que albergaba aquellos parajes, que cabalgaduras y escoltas resultaban insuficientes para poder apresarlos, custodiarlos y remitirlos al servicio de las armas:

*“... y por la escasez arriba expuesta, el que firma no ha tomado las medidas que debe, a más que si V.E. tiene a bien puede ordenar que para cualquier día venga una cañonera o buque que los con-*

---

<sup>6</sup>Ídem.

<sup>7</sup> Oficio del Gobernador Intendente de Cuyo General José de San Martín al Cabildo de Mendoza del 9 de enero de 1816 en Comisión Nacional del Centenario. Documentos del Archivo de San Martín. T. V, pág. 151. Buenos Aires, 1910.

<sup>8</sup>Ídem.

*duzca, creyendo el que firma, medida más a propósito y menos fácil para la deserción*".<sup>9</sup>

La situación se mantuvo prácticamente sin variantes. Promediando ya esta primera mitad del siglo, el Juez de Paz del Pilar decía que por todos los medios posibles había tratado de cumplir la orden del Gobierno de incrementar "*fatigas y esfuerzos*" para perseguir a los vagos

*"... Pero V.E. no conoce que este partido tiene 250 leguas y sólo 6 hombres que no pueden cumplir su cometido por la insuficiencia de armas para cumplir"*<sup>10</sup>

en tanto su colega de Azul, tan desesperanzado e impotente como el anterior notificaba en 1849 que:

*"... en la última invasión de Cafulcuré, parte de los indios de Catriel y Cahuel se juntaron a la indiada del primero, robando y matando a la par de ellos y esta convicción da lugar a la emigración de un número de vecinos y jornaleros a otros partidos"*<sup>11</sup> provocando la diáspora de los vecinos y el consiguiente aumento de los vagos, ociosos y malentretidos y delincuentes, cuya impune presencia se veía obligado a tolerar para no arriesgar desventajosamente la suerte de su escasa guarnición.

*"No hay un número suficiente de soldados que inspire miedo a la tropa"*.<sup>12</sup>

Concluía.

El oficio, destaca, de este modo, la inevitable consecuencia que trajo aparejada la precariedad de los mecanismos de defensa y control social.

Poblaciones de frontera, convertidas en tierras de nadie, donde la ley se reducía al peso de los intrépidos fueron el duro precio que oblaron con su fortuna, su sosiego y hasta con su vida los colonos afincados en los épicos deslindes del "*desierto*".

La guerra impuso a su vez su propia impronta en el florecimiento de nuevas artes e industrias necesarias para el suministro de los avíos y pertrechos bélicos.

---

<sup>9</sup> A.G.N. Sala X 21-7-4.

<sup>10</sup> A.G.N. Sala X 29-4-10.

<sup>11</sup> A.G.N. Sala X 29-4-10.

<sup>12</sup> A.G.N. Sala X 29-4-10.

Obligó a la mujer a escapar de los límites impuestos por la placidez de las tareas domésticas y reemplazar la mano masculina que marchaba al combate.

El servicio doméstico, los trabajos directamente vinculados a las faenas hogareñas, o los que por su peculiar naturaleza se ejercían en dicho ámbito, trastocaron, lenta pero inexorablemente el exclusivo y excluyente desempeño femenino, para compartirse con los afanes de una producción económica que interesaba al Estado.

Desde el pintoresquismo de las fugaces “*pobres lecheras*”, cuya presencia conmovía al curioso Berutti, obligadas a efectuar el reparto por las calles de la ciudad en virtud de la ausencia de los jóvenes, a quienes se habían llevado los reclutamientos militares<sup>13</sup>, el florecimiento de las costureras que abastecieron, con sus menudas puntadas, de uniformes a todo el ejército, los afanes de las curtidoras, talabarteras y tintoreras que encararon la confección de arneses, correas, arcos, curtiendo, cortando y aderezando los cueros y las labores de las primorosas tejedoras de ponchos y mantas, refugiadas en la policromía de sus lanzaderas, las manos femeninas llegaron, incluso a alcanzar la codiciada gracia de una formación industrial, cuyo aprendizaje comenzaron a dispensar, si bien aisladamente, talleres y fábricas de Buenos Aires.<sup>14</sup>

La educación y adiestramiento de la mujer en tareas propias de su sexo, útiles a la sociedad, comenzó a vislumbrarse como una necesidad básica para el progreso social y felicidad de la Nación.

---

<sup>13</sup> Juan Manuel Berutti: “*Memorias curiosas de los sujetos que han sido gobernadores y virreyes de las provincias del Río de la Plata: como de los señores Alcaldes Ordinarios de 1º y 2º voto y Síndicos Procuradores del Ilustrísimo Cabildo de Buenos Aires desde el año de 1717 hasta este de 1789 en que saqué copia de este un manuscrito original que me prestó un amigo y yo Juan Manuel Berutti lo sigo este presente año de 1790, aumentándole otras noticias más que ocurran dignas de notarse*”. En Senado de la Nación. Biblioteca de Mayo. Colección de Obras y Documentos para la Historia Argentina. T. IV Diarios y Crónicas. Buenos Aires, 1960.

<sup>14</sup> Hemos estudiado el tema en “*Las ilusiones invisibles. (Antes que el telón baje y la obra se quede sin aplausos) El trabajo femenino porteño en la primera mitad del siglo XIX*”. Publicado en Revista de Historia del Derecho. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires Tomo 40 Scielo ISSN 1853-1874. Julio- Diciembre del 2010.

Fue uno de los motivos, si no el principal, que impulsó la luminosa creación de la Sociedad de Beneficencia, su sostenimiento y aliento, como también el de los establecimientos que dependieron de ella.

La prensa de la época, voceó hasta el hartazgo el descubrimiento de la mujer que escapaba de las armonías de las nanas de Palestrina y el sortilegio de sus agujas para sumarse con animoso empeño, educada y hábil a las tareas de producción.

Así, el 2 de febrero de 1823, “El Centinela”, confiaba a sus lectores su secreta esperanza que los esfuerzos de la Sociedad de Beneficencia permitieran:

*“... el encuentro en nuestro suelo de muchas Aspacias, que como la de Atenas, admiren menos por su hermosura que por su elocuencia y por las gracias y delicadezas de su espíritu”*.<sup>15</sup>

El adiestramiento de niños y jóvenes en los secretos de la producción industrial fue encarado, por los gobiernos patrios, bajo diversos matices que encontraron su formulación más completa en la ley del 16 de noviembre de 1821, que regulaba por vez primera en el país los pormenores del aprendizaje industrial.

Conscientes del potencial poderío que representaban los brazos de los jóvenes, a quienes todavía su escasa edad dispensaba del servicio militar, y quienes, por otra parte, representaban una posibilidad nada desdeñable de nutrir inmediatamente los despojados talleres, los industriales acogieron con entusiasmo la medida, actitud que compartieron padres y tutores, multiplicándose de este modo los contratos de aprendizaje en los Protocolos Notariales de la ciudad y también en los “*policiales*”, como veremos a continuación.

## **La contratación de los trabajadores**

Esta consideración de los rasgos generales que matizaron el origen de la legislación laboral en la época independiente nos lleva, al análisis de

---

<sup>15</sup> El Centinela Ejemplar Número N° 27 del 2 de febrero de 1823. En Senado de la Nación. Biblioteca de Mayo. Cit. T. IX, pág. 8348.

una práctica que se refugió en las Comisarías de Buenos Aires y que consistía en el registro, “*protocolización*”, o toma de razón de los contratos de trabajo celebrados en el país e incluso en el extranjero, por los cuales, operarios de la más diversa índole contrataban sus servicios a capitalistas radicados en nuestro territorio.

Los contratos se agrupan en series de tomos, bajo la común denominación de “*Registros*”.<sup>16</sup>

Los Registros son volúmenes encuadernados en cuero, de diversos tamaños, que se conservan hoy muy deteriorados y que registran bajo numeración sucesiva la más curiosa y heterogénea serie de contratos de trabajo de la época. Los Registros encontrados oscilan entre los años 1834 a 1848 y aparecen allí, numerados por orden cronológico:

“*Contratos de aprendizaje*”.

“*de oficiales con maestros artesanos.*

“*de trabajadores rurales para áreas de huertas, quintas y chacras vecinas a la ciudad.*

“*de trabajadores extranjeros.*

“*de actores, músicos, ilusionistas, titiriteros, gimnastas, domadores de caballo, artistas circenses, volatineros, acróbatas, etc.*

La exigencia de la contratación por escrito se había establecido por juegos de leyes sucesivas para los aprendices (ley del 17 de noviembre de 1821), peones de campo (17 de julio de 1823), marineros (25 de enero de 1834), lancheros (7 de abril de 1834), peones de corrales abastecedores y troperos (7 de noviembre de 1834) y trabajadores extranjeros (leyes del 7 de diciembre de 1822, 3 de junio de 1823 y 13 de abril de 1824).

Ninguna de estas leyes disponía empero, la “*protocolización*” del contrato de trabajo, como lo encontramos asentado en estos Registros que transcriben literalmente los convenios laborales, apuntando, en los de formulación más sencilla sus cláusulas principales.

La intervención de la policía, conforme estaba regulada en la letra de las leyes que disponían la contratación por escrito de los trabajadores se

---

<sup>16</sup> Policía Federal Argentina. Centro de Documentación Histórica de la Policía Federal. Registros de Contratos, s/n 1834-1844, 1844-1854.

reducía al “*encargo*” del cumplimiento de sus mandas como lo encomendaba la ley de aprendices de artes y fábricas<sup>17</sup>, la “*autorización*” de las contratas que imponía la ley que reglamentaba la contratación de peones de campo<sup>18</sup>, en tanto el visado y registro de las contratas y papeletas de los marineros y lancheros del puerto se reservó a la Comandancia de Matrículas<sup>19</sup>, mientras que los abastecedores, troperos, peones corraleros y acarreadores de ganado quedaban matriculados en los registros que llevaban los jueces de mercado<sup>20</sup>.

Por su parte, un armónico juego de tres leyes reglamentaba el trabajo de los operarios extranjeros.

El 7 de diciembre de 1822 un decreto que llevaba la firma de Martín Rodríguez y Bernardino Rivadavia eximía -respondiendo a los reclamos de “capitalistas”, industriales y hacendados- de las obligaciones del servicio militar a los:

*“individuos que en virtud de contratas especiales entren a la provincia, de todo otro punto exterior y existan empleados en el servicio de cualquier capitalista”*.<sup>21</sup>

Los beneficiados debían ser presentados al Jefe de Policía, el cual abriría un “Registro” en el cual se asentarían:

*“... los nombres de unos y otros (empleadores y empleados), la clase de establecimientos a que se dedican los individuos contratados y el término en que se hayan convenido”*.<sup>22</sup>

¿Fue éste el origen de los “Registros” o “Protocolos policiales” encontrados en los altos de la Comisaría VII de la Capital Federal?

No podemos precisarlo con nitidez, formalmente, los Registros no traen ninguna mención al respecto, además los contratos registrados no

<sup>17</sup> Leyes y Decretos promulgados en la Provincia de Buenos Aires desde 1810 a 1876 recopilados y concordados por Aurelio Prado y Rojas. T. II, N° 507, pág. 194. Buenos Aires. Imprenta del Mercurio, 1877.

<sup>18</sup> Ídem, N° 696 bis, pág. 413. Ídem, N° 696 bis, pág. 413.

<sup>19</sup> Ídem, T. IV, N° 1241, pág. 109 y N° 1285 bis, pág. 149.

<sup>20</sup> Ídem, N° 1285 bis, pág. 149.

<sup>21</sup> Ídem, T. II. N° 352, pág. 353.

<sup>22</sup> Ídem.

necesariamente se refieren a convenios laborales de trabajadores “extranjeros”, que ingresan al territorio de la provincia.

La preocupación por evitar el enganche por leva de la mano de obra, que por su idoneidad había sido objeto de una especial selección y posterior contratación venía a compensar de algún modo, los pesares de los empresarios de la ciudad e incluso la campaña, cuya producción había sido severamente amenazada por la frecuencia de las requisas.

La protección del contrato de trabajo, cuya precisa determinación y alcance se buscaba a través de su formal redacción, aquilató su importancia paulatinamente.

El 3 de junio de 1823 se prohibió expresamente la admisión de acciones judiciales:

*“... provenientes de convenio o estipulación para prestar y pagar algún servicio, proveer o abonar material o útil alguno sin que conste en una contrata formal y protocolada en el Registro Público”.*<sup>23</sup>

Con el mismo criterio se prohibía la admisión de “proposiciones” de pueblos o individuos a nombre de ellos sin que precedieran de “un documento legal que lo autorice suficientemente”.

Y aún admitidas, la consideración de dichas proposiciones quedaban suspendidas, si no hubieran sido redactadas *“en toda su totalidad de un modo terminante y asentadas en instrumento público de contrata”*.<sup>24</sup>

Por último, el cuadro de protección dispensada al trabajador extranjero se completaba con las normas contenidas en el decreto del 13 de abril de 1824 que disponía el sostenimiento por las justicias, *“al riguroso tenor de su letra”*, de todos aquellos contratos por los cuales se introdujeran al país *“artesanos o cualquier otro género de trabajador o poblador”*.<sup>25</sup>

El decreto que incluía en sus alcances los contratos regulados por la ley del 7 de diciembre de 1822 se inclinaba decidido en beneficio de la agilidad y economía procesal, prefiriendo para la solución de las diferen-

---

<sup>23</sup> Ídem, T. IV. N° 690, pág. 406.

<sup>24</sup> Ídem.

<sup>25</sup> Ídem, T. III. N° 747, pág. 18.



cias suscitadas entre las partes el juicio verbal “evitando todo gasto y demora”.<sup>26</sup>

Sea por esta y otras causas, fue frecuente la espontánea presentación ante la autoridad policial para que rubricara el contrato de trabajo libremente convenido entre las partes:

*“... pues a pesar de que estamos mutuamente convencidos de nuestra respectiva buena fe, la rúbrica de V.E. dará mayor seguridad a nuestra contratación”*<sup>27</sup>

dicen Trinidad Ladrón de Guevara y el empresario del Teatro Coliseo cuando se presentan en 1838 ante el Jefe de Policía a protocolizar el contrato de temporada que habían suscripto.

Igualmente en un contrato en que las compañías actorales de Buenos Aires y Montevideo se comprometen recíprocamente a trabajar por cinco meses, cediéndose sus respectivos teatros se dice:

*“Habiendo convenido que dichas contratas sean autorizadas por las policías de ambos Estados, acuerdan de mancomún las partes, el solicitar dicha autorización para de este modo darle valor y fuerza al mencionado contrato”*.<sup>28</sup>

No faltan contratos que expresamente confieran a la intervención policial los mismos efectos que la notarial:

*“Todo lo cual nos obligamos ambas partes contratantes del modo más formal, dando a éste el valor que si fuera autorizada por el Escribano y si dicho aprendiz no falla a ninguna de ellas yo estoy en la obligación de darlo oficial y firmamos dos de un tenor”*.<sup>29</sup>

Es más, se ha podido encontrar una rara pieza en la que suscribiéndose un contrato de trabajo ante Escribano Público, se la lleva igualmente ante la Policía, para obligar a la “parte deudora” (el trabajador), a un cumplimiento “más efectivo”.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Ídem.

<sup>27</sup> Policía Federal Registros cit.

<sup>28</sup> Ídem.

<sup>29</sup> Ídem.

<sup>30</sup> Ídem.

En estas manifestaciones se resume claramente la filosofía que llevó a los empleadores a registrar ante las autoridades policiales el contrato de trabajo como el medio más idóneo para asegurarse la efectiva prestación del servicio por parte del operario en un país donde la fluidez de la mano de obra y la falta de contracción al trabajo eran ya características de su folklore.

La práctica se acomodaba sin escozores a la ideología que veía en la formulación del derecho escrito su máxima expresión y garantía.

*“Bueno es escapar al naufragio de la costumbre”*<sup>31</sup>

pontificaba el polémico “Argos”, y en esta pintoresca sentencia se resumían los principios que inspiraban la naciente legislación patria.

Entre tanto... ¿Qué pensaban los trabajadores? Pues, las entrelazadas cuerdas que tejían la trama sobre la que se modelaba el Derecho del Trabajo los guiaban hacia el mismo fin, y aún cuando no fueran obligados a munirse de la “papeleta” exigida por ley, el afán por contar con el “resguardo”, de una constancia escrita para mostrar a la partida reclutadora o a la autoridad policial o militar y permitirles demostrar fehacientemente su calidad de “conchabado” los empujó a acudir espontáneamente al mismo recurso que afanosos empleadores habían impuesto.

El 19 de julio de 1850, el encargado del Cementerio del Norte, Manuel Cipriano de Ochoa, le hacía saber al Jefe de Policía:

*“Los peones que actualmente desempeñan el establecimiento del Cementerio del Norte, cuyo trabajo dirige el infrascripto, están sin resguardo alguno que acredite su ocupación, por lo tanto si fuera del agrado de V.E. darles una papeleta al efecto cuyos nombres son José Friyero, Benito Rey, Francisco Arena, José Cascallares, Fabián y José Farreyra”*<sup>32</sup> contestando el funcionario policial con la remisión de las papeletas pedidas, para acreditar la condición de trabajadores de los peones denunciados.

Dos intereses, dispares por su origen, unívocos en su fin, pesaban armónicamente para apuntalar la práctica de contratar por escrito ante la autoridad policial.

---

<sup>31</sup> El Argos de Buenos Aires, 12 de mayo de 1821.

<sup>32</sup> A.G.N. Sala X. Policía 32-8-7.

A los empleadores los guiaba el temor de perder sus planteles de operarios por las fugas y los incumplimientos de éstos y a los trabajadores la angustia de ser clasificados “*vagos*”, y enviados sin réplica al servicio de las armas o a los trabajos públicos.

Unos y otros acudieron entonces a la institución que creyeron idónea para avalar y proteger sus intereses: la policía.

El contrato de trabajo formulado solemnemente expresado por escrito, registrado ante notario, rubricado por testigos, a veces sellado, autorizado y visado otras por la autoridad policial, asentado quizá policialmente, fue el rasgo característico de una legislación acunada en el regazo de la institución policial.

Y ésta es pues, la nota distintiva y característica, la tímida luz, la primera alborada, la pálida estrella matinal que señala, parpadeante e invencible, tras la Revolución, el nacimiento del Derecho Patrio del Trabajo.

### **Características generales**

Nunca está ausente en la legislación atinente al trabajo de la primera mitad del siglo XIX, el decidido propósito de combatir el vagabundaje y la ociosidad y obligar al trabajador a contratarse bajo los patrones de un diseño modélico que garantizara, o a lo menos intentara garantizar, la estabilidad de la relación laboral.<sup>33</sup>

Talleres y otros emprendimientos industriales que existieron en el Buenos Aires decimonónico, significaron un incipiente mercado de trabajo, caracterizado por una mano de obra poco calificada y oscilante, en una ciudad que presentaba dificultades para conseguir suministro continuo de trabajadores y donde el tema del vago y mal entretenido había cobrado desde el período finicolonial amplia proyección en la normativa vigente, a la par que, por otra parte, ya se insinuaba una oferta variada de trabajo

---

<sup>33</sup> El tema ha sido estudiado en Marcela Aspell: *La Regulación Jurídica de las Formas del Trabajo Forzado*, Partes I y II, publicado en *Academia Nacional de la Historia Investigaciones y Ensayos*, Volumen 40 y 41 respectivamente. Buenos Aires, 1990-1991.

urbano, en los esquemas de un tráfico elástico y fluctuante, donde se imponía la necesidad de arbitrar los mecanismos indispensables para proceder a la formación industrial del núcleo de los artesanos porteños, cuya organización gremial había, prácticamente, desaparecido.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> La organización gremial había sufrido hacia finales del siglo XVIII el embate demoleedor de las ideas liberales. La agremiación de los zapateros pardos y morenos originó largas y azarosas tramitaciones que concluyeron, en 1799, con el dictamen del Sindico Procurador del Cabildo de Buenos Aires que puso fin a un larga cuestión, juzgando la agremiación de los artesanos del oficio perjudicial al beneficio público. Daisy Ripodas Ardanaz ha estudiado con agudeza ejemplar, la influencia hispano-francesa en el extenso voto del Sindico Saavedra, páginas brotadas en realidad de la pluma de Feliciano Antonio Chiclana, con quien aquél compartía su bufete y donde las reflexiones de Valentín de Foronda y los propios textos del Edicto de febrero de 1776 de Turgot sobre supresión de los gremios, reeditado en el decreto de Le Chapelier y el mismo Informe de Jovellanos aquilatan una decisiva influencia. Conforme Daisy Ripodas Ardanaz: *Raiz Hispano-francesa del Dictamen sobre Gremios*. En *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene Tomo XX* pág. 104 y siguientes. Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1969.

Los intentos por concretar el establecimiento de los cuerpos gremiales en Buenos Aires registran frondosos antecedentes. El 31 de julio de 1780, el Virrey Vertiz había ordenado la incorporación en gremios de todos los artistas y oficiales mecánicos, pero la medida no llegó a cuajar. Empero, pulperos, panaderos, plateros y zapateros intentaron, en el último tercio del siglo XVIII, tejer con resultados diversos, los intrincados entramados de su organización gremial. Los pulperos lo habían solicitado en 1788, fundando los requisitos para abrir tienda de pulpería, en la posesión de un acopio mínimo de mercadería por valor de quinientos pesos, previos los informes del Diputado del Gremio y del Cabildo, medida sobre la que vuelven en 1791 sin llegar a concretar su empeño. El 18 de abril de 1788 el Intendente General de la Real Hacienda Paula Sanz dicta un Bando por que prohibía abrir a los maestros plateros tienda al público “sin que se haga constar haber servido cinco años de aprendiz con maestro conocido y que a su tiempo se le de la competente certificación.” La lista consecuente, formada por el Cabildo registró cuarenta y siete artesanos del gremio, con mayoría de criollos y extranjeros (veinticinco y quince respectivamente). El ingreso al gremio generaba escozores y planteos que se resolvían a través de tediosas tramitaciones burocráticas, pero la circunstancia que precipitó el fin de la institución, fueron las laboriosas presentaciones efectuadas por los maestros del gremio de zapateros en 1788, argumentando el estado ruinoso de su oficio, desprovisto de aprendices y oficiales capaces, de los que resultaba que “muchos sin ser mas que unos remendones abren tiendas, buscan oficiales, toman aprendices y expenden sus obras al público ...”Apuntaban a la constitución de un gremio, similar al de los plateros, con un aprendizaje de cuatro años, dos de oficiales y los exámenes de rigor

Por otra parte Buenos Aires, era una ciudad que carecía, aún de una acabada tradición industrial y su puerto había comenzado a recibir una avalancha de productos extranjeros, cuya calidad desmerecía la facturación más ruda de los criollos.<sup>35</sup>

---

para acceder al codiciado rango de maestro en el arte, adaptándose a las Ordenanzas de Cádiz sobre la materia. Pero la discusión general de los Estatutos, no logró el consenso necesario y el expediente pasó a dictamen del Virrey con Informe del Cabildo. Se objetaba la incorporación de los maestros extranjeros y en junio de 1792 se envían a España nuevas Ordenanzas sobre la materia, que el Rey, en noviembre de 1793, desaprueba. En este estado de la tramitación, pardos y morenos solicitan permiso para proceder a constituir su propia agremiación, propuesta que rechaza el gremio de zapateros “debe haber jerarquías en la tierra y no deben ser iguales las prerrogativas que disfrutan los individuos de la sociedad, no pueden desconocer las distinciones con que deben estar condicionados los españoles ni desdenarse de ser inferior”. Pero en 1795 manda Su Majestad que el Virrey se expida con el voto de la Audiencia. Y el Informe subsiguiente es favorable para la agremiación separada de los morenos y cuando los maestros de color parecían haber alcanzado su victoria y proyectaban con entusiasmo sus Estatutos, pasó en vista el Expediente al Síndico Procurador del Cabildo, dignidad que por entonces ostentaba Don Cornelio Saavedra, quien el 20 de mayo de 1799 rubrica el Dictamen que hiere de muerte a los gremios: “... la erección del gremio ... lejos de ser útil ni necesaria debe considerarse perjudicial al beneficio publico, porque enerva los derechos de los hombres, aumenta la miseria de los pobres, pone trabas a la industria, es contraria a la población, causa otros muchos inconvenientes y finalmente porque son quiméricos los que se quieren suponer inseparables de la libertad y franqueza con que se ha girado este ramo hasta el día.... Todos sabemos que el Autor de la Naturaleza impuso al hombre la obligación de vivir con el sudor de su rostro: y así este derecho de trabajar, es el título más sagrado e imprescriptible que conoce el género humano: persuadirse que necesita el permiso de un gremio, para no ser gravoso a la sociedad, para no ser ocioso, para ganar de comer, es un delirio, decir que la Suprema Potestad, que es el Príncipe, es el que debe vender el derecho de trabajar es una monstruosidad, así el Poder Soberano debe asegurar a todos los Ciudadanos el goce pleno de semejante prerrogativa”.

El Voto de Síndico abría las puertas de una flamante solución. El Cabildo se opuso vigorosamente a la creación de los gremios, enarbolando una nueva bandera que se abrió camino sin retaceos: la de la libertad del trabajo. Conforme Ricardo Levene Obras de Ricardo Levene. Academia Nacional de la Historia, Tomo II, Buenos Aires 1962, pág. 361 y siguientes y Ricardo Zorraquín Becú: El trabajo en el período hispánico en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene Tomo XIX pág. 198 y siguientes, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1968.

<sup>35</sup> Refiriéndose al ingreso de mercadería extranjera, en el Buenos Aires de finales del Siglo XVIII, los Recuerdos de Mariquita Sánchez de Thompson evocan: “

Estas necesidades fueron señaladas desde los días previos a la Revolución por Manuel Belgrano, a quien autorizaba su formación académica europea y su rica experiencia como Secretario del Consulado de Buenos Aires.<sup>36</sup>

Su voz, bregando para que los maestros del oficio trasmitiesen su conocimiento a los jóvenes criollos, devolviendo al país los beneficios recibidos, halló eco en la decisión del Triunvirato del 3 de septiembre de 1812, suscripta por Feliciano Antonio Chiclana, Juan Martín de Pueyrredón y Bernardino Rivadavia, donde “sensible el Gobierno a las miserias en que se halla envuelta una considerable porción de familias americanas, producidas en la mayor parte por la falta de acomodo para los naturales del país y procurando cortar los males que un sistema destructor y de monopolio había causado en todas las clases de estado reduciendo las artes y el comercio”, acordaba exigir a todos los artistas extranjeros y españoles que tengan tienda abierta que admitieran “aprendices hijos

---

Los ingleses han hecho a este país mucho bien, es justo debemos las primeras comodidades decirlo. Nos trajeron la luz, el amor al confort, las comodidades de la vida, todas, el aseo en todo...a ellos les que placer tuvimos al ver un jabón fino, un lindo mueble, un buen ropero!” en Mariquita Sánchez: Recuerdos del Buenos Aires Virreinal, Buenos Aires, 1953 citado por José María Mariluz Urquijo: La regulación del aprendizaje industrial en Buenos Aires (1810-1835) en Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene Tomo XIV Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1963. pág. 60. Wilde por su parte recordaba las tiendas de ropa inglesa tales como las de Mister Niblett, Coyle, Pudicomb, la alemana de Mayer y la de los franceses Moine, Hardouis, la sombrerería de Varangot como asimismo la ferretería y armería de Diego Hargreaves etc. (Wilde J. A. Op. cit. pág. 194).

<sup>36</sup> Manuel Belgrano había iniciado sus estudios de Leyes en la Universidad de Salamanca donde se matriculó el 4 de noviembre de 1786, estudios que luego completó en Valladolid en cuya Cancillería se recibió de Abogado el 31 de enero de 1793. Confieso -dice en su Autobiografía- que mi aplicación no la contraje tanto a la carrera que había de emprender, como al estudio de los idiomas vivos, de la economía política y del derecho público y que en los primeros momentos en que tuve la suerte de encontrar hombres amantes del bien público, que me manifestaron sus ideas, se apoderó de mi el deseo de propender en cuanto pudiese al provecho general... dirigiéndolos particularmente a favor de mi patria” citado por Bartolomé Mitre Historia de Belgrano y de la Independencia Argentina, Buenos Aires, Eudeba, 1967, Tomo I, pág. 69.

del país con la obligación de comunicarles sus conocimientos con empeño y esmero”.<sup>37</sup>

El oficio dirigido al Cabildo de la ciudad, halló rápida respuesta en la Sala Capitular que adhirió a la gestión del Triunvirato con inocultable beneplácito.

Al asegurarle su colaboración, expresaba el Ayuntamiento su satisfacción “por la uniformidad de ideas y sentimientos que se descubren como por la grande utilidad que forzosamente va a resultar a este país y Provincias Unidas”.<sup>38</sup>

Algún historiador ha sostenido que la medida fue cumplida y “muchos criollos aprendieron oficios hasta entonces reservados a gremios privilegiados... que perdieron su carácter medieval y se adaptaron a la nueva situación”.<sup>39</sup>

El aprendizaje de artes y oficios no era, entretanto, en las riberas del Plata, una práctica desconocida.

Los Contratos de aprendizaje celebrados entre maestros y aprendices, por los cuales los primeros se comprometían a enseñar su oficio a los segundos aparecen en los Registros de Escribanos de la ciudad de Buenos Aires desde los tiempos hispánicos.

Investigaciones realizadas sobre el periodo virreinal<sup>40</sup> sobre los 170 volúmenes, comprensivos de los 7 Registros Notariales, existentes en Buenos Aires hacia finales del Siglo XIX han demostrado la presencia de 138 contratos de aprendizaje asentados entre los años 1776- 1810, que atienden la formación profesional de aprendices en los oficios de carpinteros, pintores, toneleros, faroleros, alarifes, herreros, cerrajeros macerineros, sastres, zapateros, peluqueros, sombrereros y barberos.

---

<sup>37</sup> Aurelio Prado y Rojas. Nueva Recopilación de Leyes y Decretos de la Provincia de Buenos Aires 1810-1876, Buenos Aires, 1880, Tomo I.

<sup>38</sup> Ídem.

<sup>39</sup> Alberto Palcos Rivadavia Ejecutor del Pensamiento de Mayo. Biblioteca de Humanidades Tomo XXXIII La Plata, 1960 pagina 297 y 298.

<sup>40</sup> Susana Aguirre. Marta Petit, La contratación de aprendices en la actividad artesanal en la ciudad de Buenos Aires durante el Virreinato. Su análisis a través de los Registros Notariales.

Estos contratos de aprendizaje mantienen una constante que se reflejaría luego, sin alteración sustancial, en los tiempos patrios: se identifican las partes contratantes, que encabezan el propio maestro artesano y los padres, tutores o representantes del aprendiz, se señalan obligaciones recíprocas, se fijan los tiempos de la contratación y en ocasiones, cuando el aprendiz logra aprender los rudimentos del oficio, se pacta el pago de una pequeña retribución salarial o el suministro de materiales, herramientas y facilidades para habilitar al discípulo como oficial del ramo.

También es notable la escasa participación de esclavos en la concertación de los mismos, pese a la abundancia de testimonios que señalan la presencia de los hombres de color en el proceso de manufacturación industrial.

Aunque no faltaron voces que juzgaban inadecuada la presencia de los morenos en la industria, como los argumentos sostenidos en las páginas del Semanario de Agricultura Industria y Comercio del 25 de marzo de 1806, que insistían en:

*“Los vicios inherentes a la descuidada educación de las gentes de color y la necesaria corrupción de los jóvenes españoles que con ellos se mezclan, ha hecho mirar hasta ahora a los ciudadanos con horror esta carrera para destinar sus hijos, más es de creer que luego que por una disposición tan sabia como justa ... se prohíba enteramente a los esclavos el ser recibidos en los oficios”, hacia 1810 el pan amasado en Buenos Aires era producido por operarios de color<sup>41</sup> los cuales, -en la opinión del mismo autor que citamos-, intervenían, asimismo activamente, en el trabajo cotidiano de los establecimientos de maestros artesanos “desde el taller en el que solo trabajaba un artesano blanco ayudado o no por algún esclavo*

---

<sup>41</sup> Conforme José María Mariluz Urquijo, La mano de obra en la industria porteña (1810-1835) en Academia Nacional de la Historia Boletín de la Academia Nacional de la Historia Vol. XXXIII, Buenos Aires, 1962 Refiriéndose al caso de las panaderías porteñas sostiene Mariluz Urquijo: “No todos alcanzaban a contar con cuarenta y cinco esclavos capataz y maestro de tahona como el panadero andaluz Sebastián López, pero casi todos eran auxiliados por un crecido número de operarios serviles. Era también frecuente que modestos artesanos tuvieran dos o tres esclavos a su servicio”.



*hasta manufacturas como las de Miguel Mulet o la de Vázquez Varela que en 1807 contaban con ocho y diecisiete esclavos respectivamente, Una sola sombrerería, la fundada por Soulanges y Aizpurúa y vendida poco después de la Revolución a Varangot y Letamendi, poseía mayor número de trabajadores, en 1811 entre oficiales, aprendices y peones los negros varones sumaban veintisiete y tres las esclavas ocupadas en la cocina y lavado. Más tarde Varangot incorporaría nuevos esclavos y se fundarían otros establecimientos de parecidas dimensiones”.*

Las dificultades por encontrar mano de obra hábil para nutrir los talleres, empujó a los artesanos a acudir a este recurso de la contratación de aprendices para procurar su formación profesional y aprovechar luego su fuerza de trabajo, recurso sobre el cual, los propios artesanos se encargaron de señalar las dificultades de cumplimiento que lo aquejaban, sosteniendo, puntualmente, los maestros zapateros que sus subordinados no querían “trabajar a las horas regulares, ni querer concurrir los lunes y parte del martes a casa del maestro a que les de que hacer, ejercitándose sólo en juegos y embriagueces que si los dichos trabajasen con arreglo, asistiendo a las horas competentes, saliera cada uno con un par cada día sin mayor tarea”.<sup>42</sup>

---

Artesanos negros se encuentran en el último tercio del siglo XVIII en los oficios de sastres, zapateros, albañiles, carpinteros, barberos con mayor número en los dos oficios mencionados en primer término. Conforme Miguel Ángel Rosal, Artesanos de color en Buenos Aires 1750-1810 en Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Año XVII N 27, Buenos Aires, 1982

Los inconvenientes que traía aparejado la presencia de los esclavos en los planteles de operarios de las fábricas de Buenos Aires, denunciados una y otra vez por los industriales: torpeza, vicios, desobediencias, fugas, etc, ofrecen como contrapartida el beneficio de una relativa estabilidad, frente al cuadro de una mano de obra fluida e inestable, que abandona con frecuencia sus puestos de trabajo por mejores ofertas laborales o por causas extraeconómicas. Varangot le escribe a su socio Letamendi el 30 de octubre de 1816 “Son los esclavos... los únicos oficiales con que podemos contar siempre” citado por Mariluz Urquijo op. cit. pág. 591. El tema fue estudiado por Marcela Aspell en “La esclavitud en Buenos Aires. 1810-1853” en Revista de Historia del Derecho Número 17, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1989.

<sup>42</sup> Citado por Enrique Barba: Contribución al estudio del trabajo en la época colonial. Constitución de un gremio, La Plata, 1944, pág. 122.

El lento proceso de aprendizaje de las artes y oficios manuales resultaba arduo para un industrial que necesitara contar urgentemente con una plantilla de operarios hábiles que pudieran participar activamente en la gestión de su empresa.

Le significaba una gravosa inversión de tiempo, esfuerzos personales y erogaciones en los rubros de la mantención, alimentos y vestido de los discípulos, obligaciones generalmente a su cargo, a la par de las pérdidas de material desperdiciado o inutilizado por un obrero inhábil hasta que lograra completar su formación.

Su resarcimiento ocurría cuando el aprendiz lograba alcanzar la capacitación necesaria que lo transformaba en operario, compensando con su trabajo los empeños del maestro artesano, pero para ello se debían esperar tiempos, que en ocasiones se tornaban excesivamente largos y caros y cuidar la efectiva permanencia de los aprendices en los talleres, siempre tentados a huir cuando aprendían las técnicas básicas del oficio o retirados por sus padres o tutores para aprovechar las ventajas de su calificación profesional, con mejores contrataciones laborales en otros talleres que no habían participado en la costosa inversión de la formación industrial de los jóvenes.

Ello explica la frecuencia con que los artesanos acudieron a la concertación de las Contratas ante Escribano a fin de asegurarse de modo fehaciente las obligaciones de sus discípulos y la prestación del trabajo por períodos que oscilan entre los tres y cuatro años, tiempos, por otra parte que han sido juzgados similares “a los que en ese momento eran habituales en Europa”.<sup>43</sup>

En tiempos patrios, el aprendizaje continuó con la señalada práctica de su registración notarial.

La regulación del aprendizaje industrial encontró, empero, su preciso molde en la ley del 17 de noviembre de 1821 que imponía la necesidad de una contrata formal de aprendizaje entre maestros artesanos y aprendices, encargando su cumplimiento a los jueces de primera instancia y a la Policía.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> José María Mariluz Urquijo, *La Regulación*, cit., pág. 79.

<sup>44</sup> Aurelio Prado y Rojas, *Recopilación cit.*, Tomo II.

Pero aún antes de la sanción de esta Ley, el 20 de agosto de 1821, el Poder Ejecutivo había enviado al Jefe de Policía Joaquín de Achával, una nota que lleva la firma de Bernardino Rivadavia, encargándole “garantir y asegurar los contratos que hagan los dueños de fábrica, como los maestros de cualquier arte, con sus oficiales y aprendices”, vista “la protección vigilante del Superior Gobierno, que ha promovido en todo tiempo la prosperidad de los países”<sup>45</sup>.

Esta medida es elogiosamente comentada en el Boletín de la Industria, donde un colaborador anónimo bajo el promisorio acápite de “Feliz el mundo si en sus benéficas disposiciones, integridad y buena fe alcanza sobreponerse al antiguo”<sup>46</sup> dice:

*“Sres. Editores: hablé en mi anterior remitido blasonando de la acertada medida de gobierno de orden a garantizar los contratos celebrados por los artesanos con sus aprendices. es a la verdad muy laudable que se afiancen sus convicciones pero si conviene asegurar estas estipulaciones de los maestros para con sus dependientes pues de ellas deben germinar los progresos de nuestra juventud en las artes a que se dedique no es menos útil proteger la enseñanza de éstos”...<sup>47</sup>*

y seguidamente previene:

*“Una desgraciada experiencia ha hecho palpar más de una vez que aquellos después de lograr un servicio puramente servil, los han devuelto tan desnudos de instrucción como al principio; se debe tocar algún arbitrio, Señores Editores, que dicte la prudencia y conveniencia del país, para no ver con dolor ilusorias las esperanzas de los padres que libran la suerte de sus hijos a manos de los artistas”...<sup>48</sup>.*

---

<sup>45</sup> Archivo General de la Nación (en adelante AGN) Sala X, Órdenes Superiores de Policía, 32-10-1.

<sup>46</sup> Boletín de la Industria. Estudio Preliminar del Doctor José María Mariluz Urquijo. Buenos Aires, Instituto de Estudios Historiográficos, 1970.

<sup>47</sup> Ídem.

<sup>48</sup> Ídem.

La ley del 17 de noviembre, guardaba notable influencia con la ley francesa del 22 Germinal del año XI<sup>49</sup>. Exigía como esta la concertación por escrito de las condiciones de trabajo, encargando la resolución de los conflictos a la Policía y prohibiendo la rescisión unilateral de los mismos con excepción de las situaciones de maltrato del aprendiz por parte del maestro, inconducta del joven e incumplimiento de las obligaciones pactadas.

Disponía, entonces, que ningún aprendiz sería admitido en tal calidad en las fábricas u otros oficios sin contrata formal que debería expresar el término de su duración y las condiciones de la contratación a las que se obligaban las partes.<sup>50</sup>

Los fabricantes o maestros del oficio no podrían tampoco, bajo pena de multa contratar aprendices “sin un certificado en que conste o haber cumplido el tiempo de la contrata o haberse esta rescindido”<sup>51</sup>.

La ley trataba de asegurar la efectiva permanencia y cumplimiento de las obligaciones del aprendiz en el taller de su maestro y en tal sentido, penaba la huida de la casa del artesano o el retiro del mismo por el padre o el tutor sin el consentimiento del maestro o fabricante “a más del tiempo estipulado, tantos meses como semanas tuviese de falta”<sup>52</sup>.

Se encontraban ausentes, en cambio, cláusulas que asegurasen la efectiva enseñanza por parte del maestro a su discípulo, circunstancia que ya había advertido el articulista de el Boletín de la Industria el 31 de agosto de 1821, como hemos visto. La ley del 17 de noviembre no disponía, empero, el registro o autorización del contrato de aprendizaje ante la autoridad policial, simplemente encargaba su cumplimiento a los jueces de primera instancia y a la policía; no obstante ello, “el Jefe de Policía se sintió autorizado a tomar en los contratos una ingerencia que en rigor no le había sido conferida por ley”<sup>53</sup>.

Las ofertas de aprendizaje ganaron espacio en las páginas de los periódicos.

---

<sup>49</sup> Mariluz Urquijo La regulación cit pág. 68 y siguientes.

<sup>50</sup> Aurelio Prado y Rojas Recopilación cit, Vol. II.

<sup>51</sup> Ídem

<sup>52</sup> Ídem

<sup>53</sup> José María Mariluz Urquijo, La regulación cit, pág. 73.

El sábado 24 de mayo de 1823 El Argos de Buenos Aires anoticiaba la existencia en la Casa de Expósitos de 8 niños de 9 a 10 años de edad, dispuestos a tomar oficio e indicaba que “cualquier artesano que desee tomar alguno ocurra al administrador Don Narciso Martínez, media cuadra de Santo Domingo para el campo”.<sup>54</sup>

Han sido estudiadas ya las modalidades de la contratación de aprendices en el Buenos Aires del primer tercio del siglo XIX contenidas en los Registros de Escribanos de la Ciudad.<sup>55</sup>

Los rasgos sobresalientes que guardan dichas contratan señalan edades de los aprendices que oscilan entre los 9 a 15 años, aunque existen registros por arriba y debajo de estos topos. La mayoría empero se fija en la franja de las edades comprendidas entre los 12 a 14 años.

La duración de los contratos obedece a diversas razones entre las que no debe considerarse sólo la mayor complejidad del oficio, sino también la circunstancias de edad de los aprendices, las modalidades de la contratación, la exigencia del aprendizaje de todos los secretos del oficio o de sólo parte del mismo, las precisas obligaciones asumidas por cada una de las partes, el régimen de las remuneraciones prometidas, etc.

La carga del alojamiento y alimentación son obligaciones habituales de los maestros quienes alojan en su casa al aprendiz y ofician de pater, con todas las obligaciones inherentes a dicho rol.

Ello le impone el compromiso de proceder a la instrucción religiosa del aprendiz, en ocasiones, también, la de primeras letras en tanto la asistencia en caso de enfermedades, provisión de fármacos y de servicios médicos encuentra diversas soluciones que lo atribuyen con distintos grados de compromiso tanto a los padres como al maestro.

En suma, las condiciones de la contratación del aprendizaje, para el período de la emancipación registradas notarialmente, no difieren sustancialmente de las correspondientes al colonial, como tampoco de las que presenta el bloque de contratas de aprendizaje extraído de los Protocolos Policiales del período 1834-1848 asentados en los Registros Policiales, que a continuación referenciamos:

---

<sup>54</sup> El Argos de Buenos Aires, Edición del 24 de mayo de 1823.

<sup>55</sup> José María Mariluz Urquijo, La regulación, op. cit.

## Características generales de los contratos de aprendizaje

La edad de los aprendices oscila generalmente entre los 12 y los 14 años.

Sobre el particular debemos aclarar que la gran mayoría de los asientos de estos volúmenes no aclaran la edad de los aprendices, limitándose a enunciar que el joven es menor de edad, el hecho mismo de que el futuro aprendiz sea entregado al maestro artesano en casi todos los contratos por sus padres, abuelo, Defensor de Menores, hermano mayor e incluso padrino, indicaría los pocos años del contratado.

Sólo hemos podido encontrar un contrato, es el número 637 de fecha 9 de abril de 1834, donde el aprendiz Juan Elois Mangarmé que se compromete a trabajar con los maestros sombrereros Manigot y Meslin, registra la edad de 25 años.<sup>56</sup>

Otro caso de edad relativamente avanzada se registra en el asiento, sin número, fechado el 3 de febrero de 1834, donde el aprendiz Diego Daubonde tiene 19 años.<sup>57</sup>

La edad de 9 a 11 años aparece con alguna frecuencia en estos asientos. Los contratos números 566, contrato de fecha 1 de febrero de 1836, otro contrato sin fecha ni número y en el contrato de fecha 30 de mayo de 1838 que versan sobre “todo servicio” y los oficios de sombrerero, lomillero, carpintero y peluquero, conciertan con jóvenes de estas edades.<sup>58</sup>

En cuanto a la edad mínima para iniciar el aprendizaje, que alguna vez, Rivadavia recomendara fuera a los 8 años, aparentemente no guardaba límite alguno, pues el asiento 671, de fecha 7 de enero de 1836 que sintetiza un contrato entre Agustín Destouche, maestro silletero y María Francisca, quien le entrega a aquél, su hijo Ignacio, menciona la edad de sólo 4 años, aún así, el contrato, cuya duración es de tres años, prevé un

---

<sup>56</sup> Policía Federal Argentina Registros de Contratos de Trabajo Contrato del 9 de abril de 1834.

<sup>57</sup> Registros cit., Contrato de fecha 3 de febrero de 1834.

<sup>58</sup> Registros cit., Contrato de fecha 1 de febrero de 1836, Contrato sin fecha y Contrato de fecha 30 de mayo de 1838.

sistema de sueldo escalonado que no se aparta sensiblemente de las remuneraciones otorgadas a otros aprendices de mayor edad.<sup>59</sup>

Por su parte, la comunicación que con fecha 22 de agosto de 1824, dirige el Gobierno al Administrador de la Casa de Expósitos recomendando la formación de contratas cuando se colocara las niñas huérfanas en casas de familia, menciona como edad mínima para que éstas pudieran trabajar con sueldo, la de dieciséis años.<sup>60</sup>

### Contenido de la enseñanza

Por lo general, y dada la brevedad de estos asientos, sólo se especifica la obligación del maestro de enseñar su oficio.

A pesar de ello suele agregarse que la enseñanza se impartirá “con toda perfección” y a “satisfacción de personas inteligentes”, que se enseñará “todo lo concerniente al oficio”; que el maestro “debe enseñar su oficio con la perfección que lo posee” o “con toda la perfección y esmero que en el día se trabaja”.

En algunos oficios de mayor complejidad, es costumbre aclarar la rama exacta en que el aprendiz incursionaría, por ejemplo en el contrato número 637, los maestros sombrereros Manigot y Meslin se comprometen “a recibir en clase de aprendiz para el apropiage” a Juan Elois Mangarmé obligándose a dejarlo al término del contrato “oficial completo del apropiage”.<sup>61</sup>

Del mismo modo, el asiento 647 de fecha 17 de septiembre de 1834 celebrado entre Manuel Sempoli por su hijo Benjamín con los maestros sombrereros Legran, aclara que el joven será recibido como aprendiz de plancha entregándole su maestro al término de los 18 meses convenidos “oficial completo en dicha tarea”.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Registros cit., Contrato de fecha 7 de enero de 1836.

<sup>60</sup> AGN Sala X Policía 32-10-6.

<sup>61</sup> 29 Registros cit., Contrato sin fecha Número 637.

<sup>62</sup> Registros cit., Contrato Número 647 de fecha 17 de septiembre de 1834. Registros cit., Contrato Número 688, sin fecha.

Asimismo y exclusivamente como aprendiz de plancha los mismos Legran reciben a Manuel, hijo de Magdalena Naioot por seis años.<sup>63</sup>

Sin embargo, pese a esta aparente complejidad del oficio de sombrero, que obligaba a enseñarlo por ramas, tal como hemos visto en los ejemplos anteriores, encontramos un contrato número 689, sin fecha en que el maestro Cosme Damián Fernández se compromete a formar a su aprendiz “oficial completo” en su oficio de sombrero. Se impone aclarar que el plazo del contrato es aún menor que los examinados anteriormente que lo extienden a un año.<sup>64</sup>

Por el contrario otros contratos, tales como el registrado bajo el número 644, celebrado entre Agustín Giménez con el maestro silletero Jorge Washington el 11 de mayo de 1836, obligan al maestro a enseñar al aprendiz todas las ramas del oficio, dejándolo “oficial completo”.<sup>65</sup>

A su vez, el contrato número 627 del 1 de julio de 1835, especifica con mayor detenimiento la calidad de la enseñanza. El maestro sombrero Eduardo Connor se compromete a enseñar a su aprendiz Francisco Gamboa “la fabricación de sombreros finos con toda perfección lo mismo que ordinarios”.<sup>66</sup>

Sobre la eficacia de la enseñanza a impartir encontramos cláusulas, tales como la inserta en el asiento 656 sin fecha, donde el maestro lomillero Marcelino Pellicer se obliga a transmitir a su aprendiz Cirilo Campos sus conocimientos de dibujo “hasta que este sea capaz de poder trabajar en la tienda que le convenga”.<sup>67</sup>

Con idéntico sentido el maestro José Correa, también lomillero, se compromete a entregar a su aprendiz Lautaro Mendoza “oficial capaz de adquirir trabajo en cualquier otra tienda”.<sup>68</sup>

Para evitar que los maestros artesanos utilicen los servicios del aprendiz en tareas puramente domésticas para provecho propio y desvinculadas

---

<sup>63</sup> Registros cit., Contrato Número 689, sin fecha.

<sup>64</sup> Registros cit., Contrato 644 de fecha 11 de mayo de 1836.

<sup>65</sup> Registros cit., Contrato Número 627, de fecha 1 de julio de 1835.

<sup>66</sup> Registros cit., Contrato Número 656 sin fecha.

<sup>67</sup> Registros cit., Contrato Número 662 de fecha 4 de noviembre de 1835.

<sup>68</sup> Registros cit., Contrato Número 695 de fecha 4 de abril de 1836.



del específico fin de la enseñanza se establece en la generalidad de los contratos que no podrá emplearse al aprendiz en otra tarea que no fuere la pactada. Por ejemplo, en el asiento número 695 de fecha 4 de abril de 1836, el maestro silletero Felipe Leguizamón se obliga a no emplear a su aprendiz Simón Córdoba en “servicios domésticos sino en lo concerniente al oficio”.<sup>69</sup>

No obstante esta regla general, en el contrato de fecha 1 de febrero de 1838 se establece que el aprendiz “... tendrá que atender cuanto le manda su maestro por trabajos o mandas de la casa”.<sup>70</sup>

La excepción quizá pueda explicarse por ser Eustaquio, el aprendiz en cuestión, un niño de color, matiz que no abunda en las contratas examinadas.

En algunos contratos se establece que a más de la enseñanza estrictamente profesional, el maestro cuidará de la educación del aprendiz, enseñándole moralidad costumbres sociales y honestas o lo “fortalecería en los principios de la religión cristiana” mientras que en el registro número 598, que no cuenta con fecha establecida, el maestro Hugo White se obliga a enseñar a leer y escribir a los jóvenes Zon y Mariano Alegre quienes le han sido entregados como aprendices por el término de 6 años por el Defensor de Menores.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Registros cit., Contrato de fecha 1 de febrero de 1838.

<sup>70</sup> Registros cit., Contrato Número 598 sin fecha. Hacia 1806, en las páginas del Semanario de Agricultura, Industria y Comercio (1802-1806) se había recomendado la instrucción separada de los aprendices blancos y de color: “... Sería de necesidad el que se hiciese una separación prolija entre los maestros que recibiesen unos y otros a la enseñanza, pues dentro de una misma tienda, y bajo un mismo techo sería imposible evitar el roce y las malas consecuencias que se originarían de esta mezcla, así pues debe haber un número determinado de maestros para enseñar a las gentes libres de color, los cuales podrían escogerse entre los de la misma especie; y los restantes para recibir únicamente a los niños blancos que presentasen sus padres. Por semejante medio, estoy seguro que lograríamos ver en breves años poblados los talleres de hombres blancos, restituida a la sociedad una preciosa porción de individuos laboriosos que hoy sólo la sirven de una funesta carga; aumentando el capital de la Nación con el socorro de estas nuevas manos productivas, mejoradas las costumbres con la aplicación continua y por último menos degradación, menos vicios y menos delitos que castigar las Leyes” Semanario de Agricultura Industria y Comercio Número 184 del 25 de marzo de 1806.

<sup>71</sup> Registros cit., Contrato Número 569, sin fecha.

## Duración del aprendizaje

No se ha podido establecer ninguna regla al respecto; del análisis de los contratos surge que sus términos son diversos, siendo imposible determinar plazos regulares conforme a la naturaleza de los oficios. Probablemente la explicación se encuentre en que maestros y discípulos conjugan en la concertación de las condiciones de trabajo un *pull* de factores diversos: la edad de los aprendices, su extracción social, la calidad de la enseñanza prometida, las obligaciones asumidas por las partes etc, tal como se ha observado en tiempos anteriores y tal vez otros antecedentes que no se expresan en modo alguno en las escuetas líneas de redacción de las contratas, como el posible grado de conocimiento que del oficio tuviera el candidato a aprendiz.

Los oficios enseñados en este abanico de contratos analizados son los de peinetero, sastre, marmolista, aguador, lomillero, zapatero, sombrerero, carpintero, carrero, pintor, herrero, hojalatero, albañil broncero, fallista, platero, músico, dorador de sillas, herrador, marroquiner etc. Predominan los oficios de zapateros, carpintero, sastre y sombrerero.

Los maestros artesanos determinan libremente la duración del aprendizaje. Aún en oficios idénticos y con aprendices de edad y condición similar y sin ningún conocimiento del trabajo, hemos observado sensibles diferencias en los plazos contractuales

Por ejemplo, en el contrato número 569, el maestro sastre Feliciano Malmierca se obliga a enseñar su oficio al pardo Andrea Muñoz en el término de dos años<sup>72</sup> mientras que en el número 572 su colega Francisco Meslin se compromete a lo propio con el negrilla Manuel, pero en un plazo de diez años.<sup>73</sup>

A su vez en el asiento 552 el maestro sastre Juan Balan contrata con Federico Guerra el aprendizaje del oficio por el exiguo plazo de dos años.<sup>74</sup>

En el oficio de botero encontramos las mismas diferencias.

Mientras que el maestro Alejandro Ginés promete, el 13 de enero de 1834 entregar oficial completo a su aprendiz Guillermo Navas en el plazo

---

<sup>72</sup> Idem

<sup>73</sup> Registros cit., Contrato Número 572, sin fecha.

<sup>74</sup> Registros cit., Contrato Número 552, sin fecha..

de seis años<sup>75</sup>, Agustín Ayala conviene impartir idéntica enseñanza a Juan Ceballos en dos años y Ricardo White reduce el entrenamiento profesional de su aprendiz Simón Piñeiro a sólo seis meses.<sup>76</sup>

Una irregularidad mayor la observamos en el contrato número 689 sin fecha. En él, Francisco Damián, maestro sombrerero, se obliga a dejar oficial completo en su oficio al joven Cosme Damián Fernández en el término de sólo un año.<sup>77</sup> Comparativamente son numerosas los contratos celebrados por los maestros sombrereros Eduardo Connor y Legran en los que para enseñar a sus aprendices tan sólo una rama del oficio establecen plazos mayores y cuando convienen la formación de un “oficial completo sombrerero” Legran exige seis años.<sup>78</sup>

De los 170 contratos de aprendizaje examinados que prevén plazo de duración entre los años 1834 a 1838 y de 1844 a 1848 observamos la presencia de 43 contratos con una duración de 4 años, 37 por 3 años ; 25 por 5 años, 14 por 2 años, 13 por 6 años.<sup>79</sup>

El período más exiguo de duración del aprendizaje es el de 6 meses.

Se han identificado dos piezas que registran ese plazo y corresponden a los oficios de peinetero y botero; a su vez, el período mayor es de 10 años y corresponde a un contrato de aprendizaje del oficio de sastre.

Hay también 14 contratos con plazos pactados de 2 años; 8 contratos por 1 año, 6 contratos de 18 meses de duración, etc.

### **Alojamiento. Alimentación. Vestimenta. Atención de las enfermedades**

Se ha sostenido que “la convivencia entre maestro y aprendiz fue tradicionalmente considerada como el requisito casi indispensable para que la institución lograra sus objetivos”.<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> Registros cit., Contrato de fecha 13 de enero de 1834

<sup>76</sup> Registros cit., Contrato sin fecha.

<sup>77</sup> Registros cit., Contratos 689, sin fecha.

<sup>78</sup> Registros cit., Contrato Número 567 de fecha 11 de septiembre de 1834.

<sup>79</sup> Registros cit.

<sup>80</sup> José María Mariluz Urquijo, *La Regulación*, cit., pág. 31.

En prácticamente todos los contratos de aprendizaje insertos en estos Registros policiales se establece que el aprendiz vivirá en la casa de su maestro durante el tiempo convenido.

La excepción es quizá, el contrato celebrado el 20 de julio de 1838 entre el maestro lomillero Don Ramón y Claudio Benítez, cuyo artículo quinto, refiriéndose al aprendiz dice: “Dicho joven será despachado a dormir en casa de sus padres todos los días después de concluido el trabajo, advirtiendo que en verano será a las ocho de la noche y en invierno a la oración”.<sup>81</sup>

Casa y alimentos se asegura, pues, a todos los aprendices, los maestros suelen aclarar que proporcionarán a sus discípulos “alimentos de costumbre”, “alimentos sanos y suficientes”, en otras piezas se aclara el número de comidas, así cuando Samuel Moretor maestro carpintero, recibe a su aprendiz, se compromete a “darle la mantención como son comida, almuerzo y cena”.<sup>82</sup>

También los contratos prevén en caso de enfermedad del aprendiz, asistencia médica por parte del artesano, haciéndose la reserva de que si la dolencia es “grave”, o se prolonga por un tiempo que generalmente oscila entre los dos y los nueve meses, se reintegrará el aprendiz al seno de su familia, desligándose el maestro de las obligaciones contractuales. Una curiosa distinción para determinar quien se haría cargo de la asistencia médica del joven es la que trae el contrato número 636 de fecha 6 de abril de 1835. Se dice allí que el maestro asistiría a su discípulo sólo en el caso de una enfermedad “leve, natural y no adquirida por sí” ... “en cuyo caso lo atenderá el padre”... y lo mismo “será en caso de enfermedad grave”.<sup>83</sup>

Por el contrario, en la contrata de aprendizaje celebrada el 20 de julio de 1838 entre el maestro tonelero Don Ramón y el joven Claudio Benítez, es el padre el que se compromete a correr con los gastos que originaran las enfermedades del joven y a ello se suma la obligación de abonar al maestro tonelero “todo el tiempo que hiciere falta al trabajo durante sus

---

<sup>81</sup> Registros cit., Contrato de fecha 20 de julio de 1838.

<sup>82</sup> Registros cit., Contrato de fecha 1 de julio de 1838.

<sup>83</sup> Registros cit., Contrato Número 636 de fecha 6 de abril de 1835.

enfermedades siempre que estas no pasasen de una semana debiendo cada uno de los contratantes llevar un apunte por separado”.<sup>84</sup>

En menor medida el maestro se hace cargo del vestuario del aprendiz, incluso, en algunos convenios se detallan las prendas que se obliga a proporcionar a su discípulo. Así por ejemplo, Juan Burke, maestro zapatero se compromete a entregar a Julián Rose, a quien ha recibido como aprendiz por el término de 7 años “dos vestidos de cada estación y calzado”<sup>85</sup>, otros asientos incluyen cláusulas más generales como las que trae el contrato número 501 sin fecha, en el que los maestros herreros Richard y Dimet se obligan a proporcionar a su aprendiz Cayetano, hijo de Josefa Varela de Andrade, “el vestido preciso para la decencia de su persona”.<sup>86</sup>

Pero no es esta una regla fija que adoptan todos los convenios, ya que en la contrata número 569, del 1 de mayo de 1832, la provisión de ropa, como asimismo su lavado y “apronte” corre a cargo de la madre del aprendiz.<sup>87</sup> En forma similar, el contrato número 649 de fecha 1 de diciembre de 1834.<sup>88</sup>

Por su parte, la pieza registrada bajo el número 621 de fecha 5 de enero de 1835, celebrada entre el maestro sastre José Lesclanché y Ramón Gutiérrez, quien en carácter de tutor del joven Pedro Fresco lo entrega a aquél, determina la provisión de ropa a cargo del maestro y el lavado a cargo del tutor<sup>89</sup> de la misma manera el contrato número 622 de la misma fecha,<sup>90</sup> mientras que en el número 631 el vestido, el calzado y el lavado corren a cargo del maestro.<sup>91</sup>

---

<sup>84</sup> Registros cit., Contrato de fecha 20 de julio de 1838.

<sup>85</sup> Registros cit., Contrato Número 565 del 1 de junio de 1834.

<sup>86</sup> Registros cit., Contrato Número 501 sin fecha.

<sup>87</sup> Registros cit., Contrato Número 569 de fecha 1 de mayo de 1832.

<sup>88</sup> Registros cit., Contrato Número 649 de fecha 1 de diciembre de 1834.

<sup>89</sup> Registros cit., Contrato Número 621 de fecha 5 de enero de 1835

<sup>90</sup> Registros cit., Contrato Número 622 de fecha 5 de enero de 1835.

<sup>91</sup> Registros cit., Contrato Número 631 sin fecha.

## Facultades disciplinarias del maestro

El maestro artesano suele reservarse la facultad de corregir los errores de su discípulo, actitud que resulta explicable “dado que el aprendiz se separa de los suyos en plena adolescencia para incorporarse al medio familiar del maestro”,<sup>92</sup> debiendo éste, entonces “asumir en muchos aspectos la autoridad propia de un padre”.<sup>93</sup>

“Y en caso de que dicho aprendiz haga alguna cosa digna de formar represión o castigo me acompaña un legítimo derecho de reprenderlo y castigarlo según las circunstancias de hecho” dice el maestro botero Juan White, al recibir por seis años a Pascual Fernández en calidad de aprendiz.<sup>94</sup>

Cláusulas similares contienen los contratos de fecha 23 de mayo de 1838, 1 de marzo de 1838.<sup>95</sup>

La moderación en los castigos suele ser pactada entre padres y maestros. En la pieza número 663 de fecha 19 de noviembre de 1835 el maestro barbero Pablo Lucía se compromete con relación a Francisco Cortés a quien ha recibido como aprendiz “a corregir con moderación sus extravíos”.<sup>96</sup>

Anticipándose al modo con que estos castigos pueden en general ser dispensados, el asiento 565 de fecha 1 de junio de 1834 establece el deber del maestro de tratar a su discípulo “como a hijo propio”.<sup>97</sup>

La bondad en el tratamiento diario también es exigida en la pieza número 620 del 10 de febrero de 1834 donde el maestro Livingston, de oficio tallista, se obliga respecto de Jaime, hijo de María Mackenye a quien ésta entregó a aquél por el término de cuatro años “a tratarlo con suavidad”.<sup>98</sup>

---

<sup>92</sup> José María Mariluz Urquijo, *La Regulación* cit, pág. 32

<sup>93</sup> Ídem

<sup>94</sup> Registros cit.

<sup>95</sup> Registros cit., Contratos de fechas 23 de mayo de 1838 y 1 de marzo de 1838.

<sup>96</sup> Registros cit., Contrato Número 663 de fecha 19 de noviembre de 1835.

<sup>97</sup> Registros cit., Contrato Número 565 de fecha 1 de junio de 1834.

<sup>98</sup> Registros cit., Contrato Número 620 de fecha 10 de febrero de 1834.

En la generalidad de los contratos de aprendizaje se establece una delegación o “cesión” de las facultades propias de la patria potestad en favor del maestro, aclarándose en varios de ellos que dicha delegación se realiza para la corrección de las faltas del joven.

Así por ejemplo, cuando el maestro peluquero Julio Pasquier recibe en calidad de aprendiz a Federico, hijo de Ana Campomanes, al mencionar sus obligaciones se preocupa en dejar sentado que a ellas une “el derecho de padre para la corrección de su discípulo”.<sup>99</sup>

En términos similares, el contrato número 623, del 5 de enero de 1835 entre el maestro sastre José Lescanche y el joven Florentino Bustos, quien es entregado al primero por Marcial Calleja, habla de “la autoridad que confiaron los padres de dicho joven y la transfirieron al dicho maestro”.<sup>100</sup>

Y al entregar María García su hijo José León Pereyra al maestro barbero Luis Biafor, dice: “Yo María García me desprendo de mi referido hijo de todo derecho y obligación por el término de cuatro años y lo cedo a beneficio de mi hijo y del referido maestro por dicho término”.<sup>101</sup>

Con idéntico sentido, en el contrato sin fecha entre el maestro botero Juan Leiva e Ignacio Benítez en representación de su hijo Silverio leemos: “Artículo 2do: Yo Ignacio Benítez, padre del referido joven cedo al individuo mi hijo para que le enseñe el oficio mencionado dando al mismo tiempo las facultades de padre para el efecto”.<sup>102</sup>

Pero quizá donde con mayor claridad aparece esta delegación de facultades paternas, es en el contrato del 1 de febrero de 1838 (una de las poquísimas piezas que se ha transcrito totalmente), donde al entregar al moreno Eustaquio de 10 años de edad, al maestro barbero, don Luis Pervié, por el plazo de ocho años sus padres convienen: “Artículo 4to El aprendiz ya mencionado siendo traicionero y habiéndose fugado varias veces de la casa materna y por lo tanto, necesitando de una circunstancia rigurosa al Sr. Pervié, abandonan con tanto poder como si fuera su hijo y si durante

---

<sup>99</sup> Registros cit., Contrato Número 561 de fecha 30 de noviembre de 1834.

<sup>100</sup> Registros cit., Contrato Número 623 de fecha 5 de enero de 1835.

<sup>101</sup> Registros cit., Contrato sin fecha.

<sup>102</sup> Registros cit., Contrato sin fecha.

su aprendizaje fugare de casa de su maestro sus padres tomarán cuanto este a su alcance para traerlo a la fábrica del señor Pervié”.<sup>103</sup>

He querido detenerme en el análisis de estas cláusulas para dejar aclarada la moderación de los términos pactados en el castigo de los aprendices, por otra parte, no he podido encontrar en la documentación policial examinada, denuncias sobre posibles excesos de los maestros, al intentar corregir a sus discípulos.

Abundan en cambio, las denuncias por fugas de éstos.

Por nota de fecha 11 de agosto de 1827, nos enteramos que el aprendiz Lane Phrislifer, discípulo del maestro albañil “extranjero” Miguel Giles, con quien se había contratado por el término de cuatro años fugó de la casa de su maestro el 17 de agosto, buscando refugio en el bergantín mercante “Flender”, surto en el puerto de Buenos Aires.<sup>104</sup>

Como del plazo convenido el aprendiz había cumplido solamente dos años y tres meses, su maestro que residía en la calle del Benito, número, 225 del Cuartel 17 se dirigió a la Comisaría respectiva, radicando la denuncia correspondiente, luego de la cual, el personal policial buscó al aprendiz en el bergantín mencionado de “donde se sacó a dicho Lane y se lo remitió preso al depósito de la Policía”.<sup>105</sup>

El maestro artesano solicitó entonces, “... que le sea entregado dicho Lane, respecto a que este le ha prometido que cumplirá la contrata que celebró con conocimiento e intervención del Departamento de Policía”.<sup>106</sup>

## Salario

En la mayoría de los contratos se prevé un pequeño sueldo que percibiría el aprendiz en forma mensual.

---

<sup>103</sup> Registros cit., Contrato de fecha 1 de febrero de 1838.

<sup>104</sup> AGN Sala X Policía 32-11-1.

<sup>105</sup> Ídem.

<sup>106</sup> Ídem.



Sólo en muy raras oportunidades los aprendices se contratan por jornal o por sumas semanales.

El asiento número 653 trae la novedad de fijar como día de pago el domingo, cuando el aprendiz de zapatero Juan Ignacio Zeballos cobraría la suma de cuatro pesos.<sup>107</sup>

Destaco la diferencia salarial que media en el contrato anterior (también con un maestro zapatero), explicable quizá porque en el primero, el aprendiz es entregado al maestro Parker “por dieciocho meses para que en este tiempo lo perfeccione en el oficio de hacer botas”, matiz que indica que el joven tenía algún conocimiento del trabajo, mientras que en el segundo aparentemente el aprendiz ingresa por primera vez al taller.<sup>108</sup>

A su vez, los contratos número 602 y 603, celebrados ambos por el maestro carpintero Roberto Fordysh en 1834, correspondientes al primer Registro y contratos de fecha 10 de mayo y 15 de julio de 1844, 20 de enero de 1845 y 9 de diciembre de 1847 correspondientes al segundo, prevén un salario anual, cuya deducción por mes resulta inferior a los previstos mensualmente.<sup>109</sup>

Por ejemplo, en el asiento número 602 se conviene un sueldo de \$ 100 durante el primer año, \$ 150 durante el segundo año y \$ 250 en el tercero, lo que llevaría a un sueldo mensual de \$ 8 durante el primer año, \$ 12 en el segundo y \$ 22 en el tercero, aproximadamente.<sup>110</sup> Comparativamente, en el contrato número 530, celebrado tan sólo un mes antes, el maestro carpintero don Valentín Vittel contrata con su aprendiz José por \$ 10 mensuales durante el primer semestre \$ 15 en el segundo y \$ 20 en el tercero \$ 30 en el cuarto, \$ 50 en el quinto y \$ 60 en el sexto semestre.<sup>111</sup>

Casi todos los contratos prevén sueldos escalonados. El aprendiz se coloca inicialmente por una suma por demás exigua, que es aumentada

---

<sup>107</sup> Registros cit., Contrato Número 653.

<sup>108</sup> Ídem.

<sup>109</sup> Registros cit., Contratos 602 y 603 y Contratos de fechas 10 de mayo y 15 de julio de 1844, 20 de enero de 1845 y 9 de diciembre de 1847.

<sup>110</sup> Registros cit., Contrato Número 602.

<sup>111</sup> Registros cit., Contrato Número 530.

en plazos periódicos semestrales o anuales, aunque de igual modo a los contratos que examinara el doctor Mariluz Urquijo, no llega el sueldo del aprendiz a igualar al del oficial.

Pero hay también contratos con sueldo fijo por pequeñas cantidades.

La gente de color suele contratarse sin sueldo. Casi el 80 % de los contratos de aprendizaje, celebrados con mulatos no fija sueldo alguno, y en los pocos convenios que lo establecen, éste es notablemente inferior a los percibidos por los aprendices blancos.

Algunos contratos traen la novedad de no prever inicialmente sueldo y dejar suspendido su otorgamiento al grado de eficiencia que alcance el aprendiz.

Por ejemplo en el contrato número 628 de fecha 17 de marzo de 1835, Justo Espinosa, maestro zapatero se compromete a pagar a su aprendiz Romualdo Parra “un sueldo proporcionado a su desempeño cuando por su dedicación se haga acreedor a él mismo”,<sup>112</sup> a su vez en el contrato celebrado el 18 de enero de 1838 el maestro talabartero don Miguel Barrera manifiesta con relación a su discípulo “Si acaso veo que su capacidad y talento me proporciona ventajas a mi establecimiento y me comprometo a pasarle un tanto mensual según su adelantamiento”.<sup>113</sup>

En algunos contratos, previsoramente, los empleadores se adelantan a capear posibles alteraciones monetarias. Cuando los imprenteros Hallet y Capasa reciben como aprendiz a Simón Méndez por el término de 5 años aclaran: “que si en el transcurso de dicho término llegase a haber una variación tan notoria en la moneda que sea preciso aumentar o disminuir el precio de la Gazeta el salario estará sujeto a igual mudanza, guardando siempre la misma proporción”.<sup>114</sup>

A su vez en el registro número 539, de fecha 6 de mayo de 1834 el maestro peinetero Manuel Masculino al recibir como aprendiz por 4 años a José Loza deja a salvo una cláusula que, cuyo examen resulta llamativo curiosa: No le pagará el sueldo convenido “en caso que la fábrica suspen-

---

<sup>112</sup> Registros cit., Contrato Número 628 de fecha 17 de marzo de 1835.

<sup>113</sup> Registros cit., Contrato de fecha 18 de enero de 1838.

<sup>114</sup> Registros cit., Contrato Número 687.

diera su trabajo por revolución u otra causa”, pero si aún así continuará el joven prestando servicios le satisfará alimentos y ropa limpia.<sup>115</sup>

Otra nueva modalidad a la que se sujeta el pago del salario es la que trae el contrato el contrato número 627, donde el maestro carpintero Santos Baldrana acuerda que “si al finalizar el plazo estipulado no está bien capaz de ser admitido como oficial ( se refiere a su aprendiz Lino Manuel Gómez) el maestro se obliga a abonarle el salario de tal, hasta que lo perfeccione...”.<sup>116</sup>

Establecer el sueldo como garantía del buen cumplimiento de las obligaciones del aprendiz es otra variante que traen estos contratos; al recibir Santiago Klappenbach maestro herrador a su aprendiz Juan Braun, por tres años conviene abonarle \$ 60 los dos primeros años y \$ 100 el tercero, pero aclara que quedará la mitad de dicho salario en poder del maestro para garantía del contrato, lo que perderá (el aprendiz) “si intenta separarse de él sin justa causa y cuyo total se le entregará al vencimiento del plazo”.<sup>117</sup>

Comparativamente, los salarios mayores son los adjudicados a los aprendices que se emplean con maestros boteros y zapateros.

Hugo White y Benito Parker son los artesanos que aparecen desde las páginas de los Registros, oblando los salarios más generosos.

La ausencia al trabajo por enfermedad del discípulo no tiene una solución pacífica: hay contratos en los que se pacta la pérdida de los jornales durante el tiempo en que por enfermedad del aprendiz éste no trabajara; paralelamente, en el contrato número 674 expresamente se aclara que el sueldo “no le cesará por esa causa”.<sup>118</sup>

## Obligaciones del aprendiz

Bajo este subtítulo se impone aclarar no solamente las obligaciones que específicamente debía cumplir el aprendiz, sino también aquellas que

---

<sup>115</sup> Registros cit., Contrato Número 539 de fecha 6 de mayo de 1834.

<sup>116</sup> Registros cit., Contrato Número 627 de fecha 20 de febrero de 1835.

<sup>117</sup> Registros cit., Contrato Número 686, sin fecha.

<sup>118</sup> Registros cit., Contrato Número 674, sin fecha.

comprometían a sus padres o encargados, orientadas todas bajo el propósito de llevar a feliz término el contrato.

Dada la brevedad de los registros los deberes del aprendiz son enunciados en términos muy generales, se habla de que el mismo “debe quedar a la subordinación y respeto que se guarda en esta fábrica”,<sup>119</sup> los mismos conceptos son vertidos en gran número de los contratos examinados.

Con un lenguaje más curioso, en el contrato número 561 la empleadora Juana Traille se reserva el derecho de exigir al moreno Luciano Selva de 10 años, a quien toma por el término de siete años “sus buenos servicios y gratitud”.<sup>120</sup>

La obligación que con más frecuencia aparece, es la de asistir puntualmente al trabajo. Así en el contrato de fecha 1 de mayo de 1838, en el que Alejandro Greut entrega a su hijo Roberto “al poder de don Ricardo Álvarez maestro artista carpintero residente en la bajada de esta ciudad en calidad de aprendiz” se obliga el joven a “ser puntual a las horas del trabajo sin apartarse de la casa de su maestro de día o de noche sin permiso de él o de otro modo ninguno perjudicar sus intereses”.<sup>121</sup>

El respeto a las reglas de trabajo impuestas por el maestro, la subordinación a sus órdenes, el aseo, la puntualidad, etc, son las obligaciones que con mayor frecuencia aparecen en estos registros.

En la pieza de fecha 20 de julio de 1838 se agrega la prohibición de tomar trabajo en otro establecimiento similar, por el tiempo que dure el contrato, cláusula que los maestros artesanos se empeñaban con insistencia en reservar.<sup>122</sup>

El incumplimiento del convenio de aprendizaje está sancionado en algunos contratos con fórmulas tales como “todas las faltas que cometiere (Francisco Gamboa aprendiz de sombrerero) sin justa causa se le recargarán al vencimiento de la contrata con tantos días de trabajo en clase de aprendiz”.<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup> Registros cit., Contrato Número 560 de fecha 24 de julio de 1834.

<sup>120</sup> Registros cit., Contrato Número 561, sin fecha.

<sup>121</sup> Registros cit., Contrato de fecha 1 de mayo de 1838.

<sup>122</sup> Registros cit., Contrato de fecha 20 de julio de 1838.

<sup>123</sup> Registros cit., Contrato Número 611 de fecha 1 de julio de 1835.

Por lo general, los contratos no aclaran la duración de la jornada de trabajo. Sólo en la pieza número 539 del 6 de mayo de 1834, aparece una mención muy vaga al respecto, exigiéndose la asistencia del aprendiz de "sol a sol",<sup>124</sup> mientras que en el contrato sin número fechado el 20 de julio de 1838, se anota únicamente el horario en que debe concluirse el trabajo "advirtiendo que en invierno será a las ocho de la noche y en verano a la oración".<sup>125</sup>

Los padres o responsables del aprendiz suelen obligarse a buscarlo y entregarlo en caso de que este fugare de la casa de su maestro, devolviéndolo sin dilación al taller de su empleador, en el caso de que el aprendiz intentara buscar refugio en casa de sus padres, o "buscarlo a mis costas y ponerlo bajo las órdenes de los maestros ... en caso de que se extraviase de sus trabajo",<sup>126</sup> como se obligaba doña María Josefa Flores, en el contrato de fecha 1 de marzo de 1836, por el cual entregaba al joven Juan José Flores a los maestros carpinteros Verdier y Com, advirtiéndose que el aprendiz "no podrá salir de ellos hasta la conclusión de la presente".<sup>127</sup>

El deber de los padres o tutores de no retirar al aprendiz de la casa de su maestro en el tiempo en que dure la contrata es otra cláusula que con suma frecuencia aparece establecida. Cuando Pedro Tabiño recibe en clase de aprendiz a Gerónimo Manuel Cañas por el término de cuatro años, prohíbe "poderlo sacar de su poder, su legitima madre doña María Cañas, a no ser que haya un poderoso motivo".<sup>128</sup>

Si bien, como ya hemos visto en la gran mayoría de los contratos, las facultades disciplinarias del maestro son amplias, reemplazando al padre de menor en la legitimidad de su aplicación, en algún contrato de aprendizaje, el responsable, ya sea el propio padre o el tutor del menor se obliga a compeler al joven al trabajo y cuidar que cumpla minuciosamente con lo pactado.

---

<sup>124</sup> Registros cit., Contrato Número 539 del 6 de mayo de 1834.

<sup>125</sup> Registros cit., Contrato de fecha 20 de julio de 1838.

<sup>126</sup> Registros cit., Contrato de fecha 1 marzo de 1836.

<sup>127</sup> Ídem.

<sup>128</sup> Registros cit., Contrato sin fecha.

Esta colaboración que prestaban los padres o encargados del aprendiz al maestro artesano para llevar a buen término lo convenido, encuentra otra variante en la cláusula inserta en el asiento número 716, sin fecha, en el que Luis Ramilo, al entregar por dos años al maestro zapatero Gabino Rivarola, a su hijo Mariano Añasco “se compromete a no apoyarle en caso de que recibiese alguna corrección por su maestro por alguna falta que cometiese”.<sup>129</sup> Por su parte, Nicolás Suasnaga, padre de Marcos, al entregarlo al maestro carpintero Javier Maller, se obliga a cumplir “con cuanto queda expuesto en la presente contrata y obligar a su hijo a asistir puntualmente al oficio según lo prevenido en la ley del 17 de noviembre de 1821”.<sup>130</sup>

Cláusulas similares, aunque de contenido más amplio en la que los padres se comprometen a emplear todo su celo para que sus hijos cumplan los términos del contrato contienen las piezas de fecha 12 de mayo de 1838 sin número y la del 30 de mayo de 1838, también sin número.<sup>131</sup>

La ley del 17 de noviembre de 1821 ordenaba, como hemos visto, que el aprendiz que huyera de la fábrica o taller “sería obligado a trabajar a más del tiempo estipulado tantos meses como semanas tuviese de falta”, aplicándosele igual pena cuando sin consentimiento del maestro lo retuviera el padre o tutor.

Los registros no contienen ningún contrato que expresamente sancione con pena tan severa, por el contrario, y del mismo modo que en las piezas que examinara el doctor Mariluz Urquijo, cuando en estos asientos se hace mención al tema, se adoptan soluciones más benignas.

Generalmente se prevé que el aprendiz deberá trabajar por un término igual al de su ausencia, pero no faltó algún contrato donde la diferencia se salva merced a una compensación económica: por ejemplo en el registro, de fecha 1 de mayo de 1838, el aprendiz Roberto Graut “se obliga a abonarle al maestro el tiempo que en el expresado término (tratase de un contrato por cinco años) pierda de trabajar después del vencimiento de esta contrata”.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> Registros cit., Contrato Número 716 sin fecha.

<sup>130</sup> Registros cit., Contrato sin fecha.

<sup>131</sup> Registros cit., Contratos de fechas 12 y 30 de mayo de 1838.

<sup>132</sup> Registros cit., Contrato de fecha 1 de mayo de 1838.

Otra modalidad que traen algunos convenios es la presencia de garantes que afianzan la buena conducta del aprendiz.

Así, cuando el maestro sombrerero Eduardo Connor recibe en su fábrica al “joven Pancho” por el plazo de seis años aclara que lo ha hecho por ser doña Victorina Ravey “garante del correcto proceder del aprendiz”,<sup>133</sup> mientras que en la pieza número 559, sin fecha Ramón Magallanes presta fianza de hasta \$ 100 por la buena conducta del joven Eusebio Palmer, quien se contrata por tres años aprender la fabricación de peinetas de carey con el maestro Carlos Cadete.<sup>134</sup>

### **El aprendiz convertido en oficial**

Concluidos los tiempos de la instrucción, el aprendiz que había logrado sortear con éxito las dificultades de su entrenamiento industrial lograba acceder a la categoría de oficial y podía, entonces como tal, trabajar en los talleres de producción.

Esta es pues la oportunidad que el joven había aspirado a alcanzar, para la cual se había preparado, tras los duros afanes en el taller, aprendiendo los secretos y rudimentos del oficio, bajo el imperativo de su maestro, realizando, asimismo, humildes tareas que solían incluir la limpieza, el aseo y el arreglo del taller, pero también es el tiempo en el que el maestro esperaba resarcirse de la inversión realizada en el discípulo, los años dedicados a su formación, el esfuerzo, el tiempo empleado en el joven, el material desperdiciado, los gastos de su alojamiento y mantención etc.

Por ello, los contratos que convienen la utilización de mano de obra de oficiales resuelven la situación a través de mecanismos donde es posible advertir el interés patrimonial del artesano en recuperar la inversión realizada.

---

<sup>133</sup> Registros cit., Contrato sin fecha y sin número.

<sup>134</sup> Registros cit., Contrato Número 559.

De acuerdo a las modalidades empleadas en la contratación de los jóvenes que han completado su instrucción, los he clasificado del modo siguiente:

### **Contratos de trabajo simples**

Las piezas que he subclasificado como contratos simples corresponden generalmente a los asientos más escuetos donde sólo se individualiza el oficio, fijándose el sueldo convenido y el tiempo del servicio.

De los diez contratos de este tipo que se encuentran en el primer volumen la mitad son convenios entre zapateros entre los que aparecen los nombres de los maestros artesanos Hugo White, Benito Parker y Nicolás Torres.

El tiempo del servicio pactado oscila entre los seis meses a un año.

El sueldo se determina por una suma periódica, semanal o mensual, establecida de acuerdo a la cantidad de trabajo realizado, en tal sentido, el contrato número 670 suscripto entre Enos Knopulton oficial zapatero y el maestro Hugo White prevee el abono de \$ 40 “por cada semana en que hiciere seis pares de zapatos o su equivalente en otra obra”.<sup>135</sup>

Con idéntico sentido, en la pieza número 684 Juan Culec, oficial zapatero, recibiría \$ 40 mensuales, debiendo fabricar 5 pares de botas o seis de zapatos por semana.<sup>136</sup>

Otra variante utilizada en la fijación del salario es el precio unitario que se abonaba al oficial por cada pieza elaborada.

Así por ejemplo el asiento número 659 de fecha 22 de septiembre de 1835, celebrado entre el mismo Hugo White y Samuel Tibbity establece que por cada par de botas que fabricara el oficial percibiría \$ 10 y \$ 8 por par de zapatos.<sup>137</sup> Idénticos precios fija el contrato número 641 del 22 de abril de 1835 celebrado entre David Coddingley y el maestro Parker.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> Registros cit., Contrato Número 670

<sup>136</sup> Registros cit., Contrato Número 684

<sup>137</sup> Registros cit., Contrato Número 659 de fecha 22 de septiembre de 1835.

<sup>138</sup> Registros cit., Contrato Número 641 de fecha 22 de abril de 1835.



Claro que si en la primera de las situaciones explicadas no llegara el operario a fabricar la cantidad prevista, sería pagado proporcionalmente a lo hecho.

El contrato número 651, que reglamenta el trabajo de un operario de color, de nacionalidad norteamericano, de oficio chapero, es la única pieza encontrada donde se proporciona un ayudante pago al oficial contratado.<sup>139</sup>

Se fija aquí, por día un límite mínimo de chapas que debe el trabajador producir, mientras que su sueldo se establece en una suma tope mensual. No se prevé ningún sistema proporcional de pago para el caso de que el operario no totalizara el límite de fabricación de 200 chapas mensuales.

El contrato número 575 trae la novedad de que el oficial compartirá con su empleador la dirección del establecimiento de tornería, por el plazo de un año.<sup>140</sup>

La compensación prometida al oficial consistiría en la mitad de las utilidades “... debiéndose hacer la partición cada trimestre, quedando ambos en la obligación de llevar sus libros respectivos los que serán confrontados cada semana”.<sup>141</sup>

En el segundo volumen las constancias son considerablemente más breves y se limitan a señalar la identidad de los contratantes, plazo y sueldo, éste por lo general permanece inalterable, aún cuando el tiempo contratado supere los dos años.

Falta incluso, en muchos casos, la determinación precisa del servicio a cumplir, se habla entonces de “contrata para todo trabajo”.

Las modalidades de la contratación encuentran su decisiva diferencia con la tipificación encontradas en los contratos del aprendizaje industrial. El maestro artesano, dueño del taller no suele ofrecer al oficial casa ni comida. Solo en muy raros ocasiones le proporciona la mantención.

Se trata ya de jóvenes que al haber concluido su formación profesional no conviven más en la casa de su maestro con su grupo familiar. El aprendiz convertido en oficial contrata en condiciones de mayor independencia su relación laboral.

---

<sup>139</sup> Registros cit., Contrato Número 651 sin fecha.

<sup>140</sup> Registros cit., Contrato Número 575 sin fecha

<sup>141</sup> Ídem.

## **Contratos de trabajo subordinados a la liberación de deudas**

Estos contratos aparecen suscriptos entre maestros artesanos y oficiales que habiendo completado su instrucción, resultan deudores de aquellos por sumas determinadas.

Todo indica que los maestros artesanos, adelantaban a sus oficiales las sumas necesarias para su establecimiento, les proporcionaban las herramientas necesarias para el trabajo en el oficio elegido, los acopios de la mercadería indispensable para la marcha del emprendimiento industrial, inversión patrimonial que por otra parte se aseguraban con la adscripción del oficial en el taller del maestro, con bajos sueldos por los tiempos establecidos que se extendían hasta resarcirse del gasto efectuado en la habilitación del antiguo aprendiz, mediante el trabajo de oficiales capaces, que garantizaban por medio de esta operación .

En cinco oportunidades hemos registrado el nombre de don Manuel Maceda, quien resulta acreedor por la suma total de \$ 1280 de tres oficiales en los ramos de talabartería, carros y dibujo y dos más cuyos oficios no se especifican.<sup>142</sup>

Generalmente los contratos no fijan el tiempo de su duración, se limitan a establecer el sistema de deducciones periódicas para cubrir la deuda, agregándose a ello cláusulas especiales para asegurar el efectivo cumplimiento de lo pactado. La modalidad que prima en la redacción de estos contratos es la obligación de abonar la deuda en el momento en que el deudor quisiera abandonar la casa del maestro.

Su monto generalmente se mantiene en la cifra original, la única excepción que he encontrado a esta regla es la pieza asentada bajo el número 657, sin fecha, que incrementa en más de un 50% la deuda contraída por el oficial Guillermo Lockbridge ante el maestro botero Parker.<sup>143</sup>

El mecanismo para saldarla asume una complejidad mayor que en los ejemplos anteriores.

El empleador se obliga a proporcionarle la suma de \$ 12 por cada par de zapatos que el oficial fabricara; este a su vez debía abonar mensual-

---

<sup>142</sup> Registros cit., Contratos Números 606,608,609,610 y 611 sin fecha.

<sup>143</sup> Registros cit., Contrato Número 657 sin fecha.

mente a don Benito Parker \$ 30 mensuales durante un año, sistema de pago que contribuía a elevar la deuda considerablemente.<sup>144</sup>

La contratación de operarios residentes en el extranjero para la provisión de mano de obra en los talleres porteños de la primera mitad del siglo XIX, es, por último, otra de las modalidades utilizadas que aparecen en las páginas de estos Registros Policiales

Los asientos 677, 678 y 679 y 681, todos correspondientes al primer volumen, son los primeros en registrar una práctica que se repite en numerosos ejemplos: La contratación de operarios extranjeros adelantándose los gastos de pasaje y previéndose la prestación del trabajo por tiempo indeterminado hasta la satisfacción total de la deuda, que se deduce proporcionalmente de los jornales percibidos.<sup>145</sup>

Quienes así contratan son los maestros herreros Richard y Dinmet y lo hacen con los operarios franceses Adam Stamen, Francisco Noel Bauchard, Enrique Bremond y José Guillermo Chafard.

En forma similar, aunque con una estructura más compleja, el asiento número 714 fechado el 16 de abril de 1837 sintetiza la traducción de un contrato celebrado en Italia entre Jacobo Fiorini, a la sazón fabricante de productos lácteos y los hermanos Carlos y José María Moreti.<sup>146</sup>

El contrato suscripto fija el tiempo del servicio en cinco años, estando a cargo del empleador los gastos del transporte, mantención asistencia en caso de enfermedad y el pago “de un salario de 2.500 liras anuales de Milán”.<sup>147</sup>

Para asegurar el cumplimiento del contrato se prevé la pérdida de “medio año de jornal al que se retractare de los convenido”, asimismo, mientras los operarios se interiorizaban de los detalles del trabajo, asistiendo a él no percibirían salario alguno.<sup>148</sup>

El contrato inmediatamente posterior y en que interviene el mismo Jacobo Fiorini, innova en la modalidad de las cláusulas para asegurar el cumplimiento.

---

<sup>144</sup> Ídem.

<sup>145</sup> Registros cit., Contratos Números 677,678,679 y 681 sin fecha.

<sup>146</sup> Registros cit., Contrato Número 714 de fecha 16 de abril de 1837.

<sup>147</sup> Ídem.

<sup>148</sup> Ídem.

Se prevé aquí el pago de una suma fija de \$ 200 por parte del que intentara rescindir el contrato.

Por lo demás, su contenido es similar a los anteriores.

El empleador provee el transporte, mantención y alojamiento del trabajador y un jornal de “dos liras de Milán por cada día que trabaje”... sin poderse ocupar Zuchelli en el servicio de otra persona si no estuviese vencido el contrato.<sup>149</sup>

De idéntico tenor, es el contrato que corre a fojas 100/101 encabezado por la expresión “Viva la Federación”.<sup>150</sup>

En esta pieza, el sueldo pactado diariamente se incrementa de 3 a 4 pesos cuando corresponde a trabajos realizados en día domingo, es el único ejemplo de esta serie, donde se reconoce al trabajador un sueldo mayor el día domingo.

En lo demás, sigue, el mecanismo de los convenios anteriores: hay un sistema de deducciones periódicas- en el caso diarias- de la mitad de los jornales para reintegrar la suma de seiscientos sesenta pesos que el empleador Antonio Santamaría había pagado por el viaje desde Canarias de su operario Juan Rodríguez, obligándose éste a no salir de su servicio hasta no cubrirse totalmente la deuda.<sup>151</sup>

El segundo de los registros estudiados contiene cuatro convenios de este tipo.

El primero, de fecha 22 de mayo de 1844 y el octavo de fecha 1 de junio de 1844 contratan la prestación de trabajo de operarios extranjeros (en el primer caso en el ramo de zapatería y en el segundo no la precisa) por plazos de dos y tres años “sin más sueldo que el abono del pasaje”.<sup>152</sup>

En el tercer caso, contrato del 13 de junio de 1844, el pago del pasaje funciona como cláusula compensatoria a la que se obliga el padre del menor contratado si el convenio no llegare a cumplirse.<sup>153</sup>

---

<sup>149</sup> Ídem.

<sup>150</sup> Registros cit., fs 100/101.

<sup>151</sup> Ídem.

<sup>152</sup> Registros cit., Contrato de fecha 22 de mayo de 1844.

<sup>153</sup> Registros cit., Contrato de fecha 13 de junio de 1844.

Por su parte, el empleador sólo se compromete escuetamente a vestir al joven.

En la última de las piezas seleccionadas, aparece una modalidad ya registrada: se fija la deuda en \$ 1063 1 real y el sueldo del trabajador en \$ 50 por mes, del que se deberá satisfacer la deuda. No se aclara el sistema de reintegro.<sup>154</sup>

Básicamente la novedad que traen estos contratos son las distintas formas con que los maestros artesanos que contratan operarios en el extranjero intentan resarcirse de los gastos de transporte, mantención y alojamiento del trabajador hasta llegar a Buenos Aires.

Las modalidades que hemos visto en particular, al estudiar cada contrato, pueden ser agrupadas en:

1. Fijación de la deuda en una suma determinada que deberá el operario reintegrar.
2. Fijación de un tope en el tiempo de servicio que el trabajador desempeñará sin sueldo.
3. Sistema intermedio: Se determina la deuda y el sueldo, jornal, semanal, mensual o anual, y no se establece el tiempo del servicio, pero se prevén sistemas de deducciones periódicas sobre el mismo.

Esta fue pues, el *modus operandi* en que oficiales y maestros artesanos encauzaron las formas de su contratación laboral.

## Conclusiones

Bajo los modelos analizados se pergeñaron las formas que adoptó el aprendizaje industrial en la ciudad de Buenos Aires en la primera mitad del siglo XIX, en el marco de una legislación vaciada en el modelo francés y que intentaba conformar una clase de industriales hábiles en los nacientes talleres de una ciudad empeñada en ampliar sus resortes de producción.

---

<sup>154</sup> Registros cit., Contrato sin fecha ni Número.

Jóvenes puestos por sus propios padres o tutores o por el Estado, haciendo las veces de aquél, bajo la protección y guía de los maestros artesanos, asumiendo éstos la dirección de su formación profesional y el amplio abanico de las obligaciones inherentes al rol de un pater, por contratos asegurados bajo la rúbrica de escribanos o por la difundida y espontánea práctica de la registración policial, que a la par que les aseguraba la efectiva prestación de la enseñanza profesional por parte de sus maestros, garantizaba el auxilio gratuito de la mano de obra de los aprendices en el servicio en los talleres.

Dos intereses sectoriales pues, pero que se conjugaban a un mismo fin. Maestros y aprendices se necesitaron recíprocamente y aunaron esfuerzos para satisfacer exigencias simultáneas.

El sistema, aunque a todas luces no importó el asentamiento y desarrollo de una significativa clase industrial, pareció contar, empero, con una saludable lozanía a juzgar por la presencia de contratos posteriores de oficiales que convienen con sus antiguos maestros artesanos la instalación de talleres por cuenta propia, adelantándoles estos a los primeros las sumas necesarias o las herramientas y el acopio de mercadería necesarios para el establecimiento y desarrollo de los mismos.

La experiencia debió desarrollarse además, en un nuevo escenario signado, como hemos visto, por la desaparición de la agremiación estamental, que en América, había intervenido activamente en la organización del trabajo en tiempos coloniales y a quienes el vigoroso alegato de Cornelio Saavedra hirió de muerte.

Concluye Ricardo Levene: *“Los gremios que se intentaron constituir en el Plata expiraron vencidos por el principio de la libertad de trabajo. Antes de que amaneciera la Revolución habían desaparecido...”*.

# VARIACIONES SOBRE DOS TEMAS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

Julio BARBOZA

## I. Introducción

La Comisión de derecho internacional, en su por lo demás excelente proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, produjo un notable Artículo 1º, que pese a su laconismo abre en abanico las posibilidades relativas al papel del daño en ese tema. Asimismo introdujo, guiada por su entonces Relator especial, el concepto hasta entonces poco frecuentado de “cesación”<sup>1</sup> para los casos de violación de obligaciones por hechos continuados. Un análisis de estos elementos lleva a conclusiones que creemos interesantes para la mejor comprensión de un aspecto muy discutido de la responsabilidad, como es la necesidad o no de un daño para que aquella surja y de otro algo novedoso como el de la “cesación” que se introduce expresamente en el proyecto de la Comisión.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> El Relator especial era el Profesor Arangio Ruiz, quien se quejaba en alguno de sus informes que la cesación era la “Cenicienta” de la responsabilidad. Por las razones que veremos, acaso no sea de extrañar tanta exclusión.

<sup>2</sup> Parte de las tesis aquí sostenidas se esbozaron en un artículo anterior de nuestra autoría. “Legal Injury: the Tip of the Iceberg in the Law of State Responsibility” en *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*. Edited by Maurizio Ragazzi, Leiden-Boston, 2005, pp 7/22. Algunas repeticiones fueron necesarias en el presente, que elabora y amplía por sobre los

Nos permitiremos ventilar en el presente artículo las dudas y cogitaciones - cuyo pecado acaso sea su mero academismo<sup>3</sup> - que suscitan estos elementos como un ejercicio en homenaje a la doctora Zlata Drnas y a su mente inquisitiva, en este libro que rinde merecido honor a su trayectoria de jurista internacional.

Recomendamos que, antes de la lectura del principal, se preste atención a los textos que transcribimos en el anexo.

## II. Nuestras reflexiones

*Respecto al daño*, los puntos a examinar son:

- Actualmente, responsabilidad equivale a reparación.
- Reparación y daño son cara y contracara de lo mismo: no hay reparación sin daño que reparar. Y sin reparación, no hay responsabilidad.
- Desde Ago, y quizá de antes, se consideraba que la mera violación (el *maleficio* de Grocio) aparejaba un daño al derecho subjetivo del Estado lesionado. Hoy se dice que la violación también causa daño al llamado derecho objetivo (la normatividad).
- El sistema de los artículos de la CDI anexos a la Res. AGNU 56/83 solo exige la violación de una obligación internacional para que surja la responsabilidad (esto es, la obligación de reparar) y expresamente se excluye en el Comentario la necesidad de dicho daño.

---

conceptos de aquel otro, repeticiones por las que me disculpo. Creí conveniente reincidir en el análisis de estos temas en el presente artículo por dos razones: la primera, que como producto de posteriores reflexiones se amplían –como dije– los razonamientos allí desarrollados y la segunda, porque aquel fue escrito en inglés y para un público angloparlante. Consideraré entonces que la presente obra podría llenar un vacío para el público argentino e hispano parlante.

<sup>3</sup> Tal vez puedan también ser útiles. En el caso del Rainbow Warrior que se comenta en el texto un poco *en passant*, si la cesación fuera realmente igual a la restitución y perteneciera, no a la norma primaria sino a la secundaria, la decisión hubiera podido ser inversa. Acaso, también más justa.



- Los artículos de la Comisión y el Comentario coinciden en que no hay otro daño que el material y el moral y en que sólo éstos originan responsabilidad. Eso contradice el aserto de que no es necesario el daño para originarla.<sup>4</sup>
- El incumplimiento de una obligación internacional importa en todos los casos un daño jurídico de dos órdenes: como menoscabo del derecho subjetivo del Estado lesionado<sup>5</sup> correlativo a la obligación violada, y como perjuicio al llamado “derecho objetivo.”<sup>6</sup> Cabría interpretar del texto de la CDI -si se ignora el comentario de la misma Comisión-<sup>7</sup> que lo que algunos llaman “daño jurídico” se incluye en lo que otros llaman “daño moral”, en cuyo caso cabría dentro del sistema de la Comisión. Personalmente, rechazamos esta posibilidad.

*Respecto a la cesación:*

- La tesis de la CDI en sentido de que sigue vigente la obligación primaria durante el período de violación por acto continuado provoca dudas.
- La naturaleza de la “cesación” es proclamada por el Relator especial que la introdujo como esencialmente un “dejar de hacer” y perteneciente a la conducta ilícita<sup>8</sup>. La CDI, en cambio, incurre

---

<sup>4</sup> Si nada hay que reparar, ¿qué se le puede exigir a un sujeto de derecho? El Profesor Alain Pellet escribe que en ese caso, hay una responsabilidad “platónica”, como veremos.

<sup>5</sup> O a la comunidad internacional o a comunidades particulares en las obligaciones colectivas.

<sup>6</sup> El “derecho objetivo” serían las normas jurídicas. Creemos que lo realmente afectado no son las normas, sino los sentimientos sociales a su respecto, o sea la seguridad jurídica y el interés de la comunidad internacional en que se cumpla el derecho internacional.

<sup>7</sup> Que, como veremos enseguida, cierra el camino al llamado “daño jurídico”.

<sup>8</sup> Aunque admite, al igual que la CDI, que hay casos en que se confunde con la restitución por sus perfiles exteriores, (devolver rehenes, devolver el territorio ilegítimamente ocupado, etc) aunque se distinguiría de ella por su finalidad y el papel que desempeña.

en contradicción cuando la considera previa a la restitución pero, la define como que pone fin al hecho ilícito.

- El análisis parece demostrar que la llamada cesación se confunde con la restitución en todos los casos y que tiene el mismo papel que ésta.
- El concepto de cesación parece, entonces, una duplicación innecesaria.

Los desarrollos que siguen son una ampliación de los puntos arriba señalados.

### III. El daño como elemento de la responsabilidad

El Art. 1º del proyecto de la Comisión de derecho internacional contiene esta espartana locución: “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”

Sólo se mencionan dos elementos sustantivos: el ilícito y la responsabilidad. Antes, la proposición usualmente incluía, como elementos sustantivos, al ilícito y al daño, y como puente a la relación causal entre ambos.<sup>9</sup>

Ago, en su examen del tema, encontraba que el ilícito siempre implicaba, además, un daño “jurídico” consistente en el menoscabo que sufría el derecho subjetivo del Estado víctima.<sup>10</sup> La reparación, entonces, cubriría también este daño que no era, como el daño material o moral, contingente respecto a la violación (*el maleficium* de Grocio) sino su automática y necesaria consecuencia. A este enfoque, todavía predominantemente bilateral, habría que agregar hoy que el daño en cuestión puede afectar también un interés colectivo protegido por la obligación, ya sea de la co-

---

<sup>9</sup> Stern, ‘Et si l’on utilisait le concept de préjudice juridique? Retour sur une notion délaissée a l’occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des États’, 47 *AFDI* (2001), 2-44, at 4.

<sup>10</sup> Eso hacía *pendant* con el derecho de la responsabilidad por el tratamiento a extranjeros, donde la norma primaria requería el daño como condición para la responsabilidad.

munidad internacional en su conjunto si la obligación violada es *erga omnes* o de un grupo de Estados si es *erga omnes partes*.<sup>11</sup>

Implicando el *maleficium* necesariamente un daño, resultaría innecesario incluir el daño expresamente en el texto del artículo 1º. Pero esta omisión no responde a esa lógica porque la Comisión, en su enfoque actual, determinó que ni daño ni culpa son necesarios como prerrequisito de la responsabilidad internacional y que todo depende del texto de la obligación primaria.<sup>12</sup> Además, según el Comentario correspondiente al Art. 31.2, la actual redacción tiene un aspecto limitativo que es el de *excluire aspectos meramente abstractos o intereses de un Estado no afectado individualmente por la violación*,<sup>13</sup> lo cual excluiría el daño al derecho objetivo e inclusive las violaciones del Art. 48.

Según el profesor Pellet, la Comisión borró la innecesaria noción de daño jurídico,<sup>14</sup> y es suficiente la comisión de un hecho ilícito (Art. 2.b),

---

<sup>11</sup> Un interés colectivo protegido jurídicamente es un derecho que, en principio, debería otorgar una posibilidad de acción *uti singuli* a cada uno de los miembros de la colectividad en cuestión, *erga omnes* o *erga omnes partes* según se trate de la comunidad internacional en su conjunto o de una comunidad particular (por ejemplo, la comunidad de un tratado multilateral). Pero sabido es que la *actio popularis* no tiene carta de ciudadanía en el derecho internacional, aunque el Art. 48 de la Comisión pueda abrir una brecha en ese sentido. Además, la violación de una obligación, aún bilateral, hiere también el interés de todos los Estados de que se cumpla el derecho internacional, como adelantamos ya

<sup>12</sup> *‘But whether such elements are required depends on the content of the primary obligation, and there is no general rule in this respect. For example, the obligation under a treaty to enact a uniform law is breached by the failure to enact the law, and it is not necessary for another State party to point to any specific damage it has suffered by reason of that failure. Whether a particular obligation is breached forthwith upon a failure to act on the part of the responsible State, or whether some further event must occur depends on the content and interpretation of the primary obligation and cannot be determined in the abstract’.* ‘Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session’, *Gen. Ass. Off. Recs., Fifty-sixth Session*, Supp. No. 10 (Doc.A/56/10), Commentary on draft Article (2), para. (9).

<sup>13</sup> « This formulation is intended both as inclusive, covering both material and moral damage broadly understood, and as limitative, excluding merely abstract concerns or general interests of a State which is individually unaffected by the breach. » *Id.* (Punto 5), p.91-92.

<sup>14</sup> *‘[D]ans une telle perspective, le dommage se trouve évacué, non pas du droit de la responsabilité internationale, mais de sa définition (ou de son origine). Il*

o sea de un hecho de un Estado no conforme con lo requerido por la obligación (Art.12) para engendrar responsabilidad. Pero ya aquí emerge una contradicción: resulta claro que los artículos de la Comisión solamente otorgan reparación (o sea, existe responsabilidad) cuando del hecho ilícito resulta un daño material o uno moral, (explícitamente lo dice el Art. 31). ¿Dónde queda, entonces, la supresión del daño celebrada por el profesor Pellet? Según el eminente profesor, acaso en el *topus uranus* de Platón: « *Si le fait internationalement illicite n'a causé aucun dommage, la responsabilité demeurera platonique et ne pourra donner lieu à réparation* ». <sup>15</sup> El talón de Aquiles del Art. 1º sigue tan vulnerable como antes de tan exótica explicación.

Pero si, no ya en el *topus uranus* sino en nuestro mundo real, reparación equivale a responsabilidad -como intentaremos demostrar- ¿dónde está la supresión del daño como condición de responsabilidad? Le falta algo a la norma del Art. 1º?

#### IV. La responsabilidad como reparación

Intentaremos mostrar que la responsabilidad ha quedado depurada de todo otro elemento que no sea la reparación y que, para que la reparación tenga sentido debe haber un daño que reparar. De esas dos premisas resultaría que el daño es un elemento necesario para la responsabilidad y debiera estar sobreentendido en el Art. 1º. Creemos que el contenido de

---

*n'est plus nécessaire à l'engagement de la responsabilité... la Commission... avait, à juste titre, écarté l'idée, entièrement artificielle, de "préjudice juridique", qui n'ajoute rien à la conception objective de la responsabilité définie comme la conséquence du seul fait internationalement illicite*. (Pellet, 'Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats', 42 *AFDI* (1996), 7-32, at 6-7.

<sup>15</sup> '[L]a responsabilité pour manquement à une règle de droit international demeure purement théorique si le fait internationalement illicite n'a causé aucun préjudice... Si le fait internationalement illicite n'a causé aucun dommage, la responsabilité demeurera platonique et ne pourra donner lieu à réparation'. Nguyen Quoc Dinh, Daillier and Pellet, *Droit international public* (6<sup>th</sup> edn., 1999), 765.

la palabra “responsabilidad” en el texto y contexto del artículo 1º que analizamos no puede ser otro que el de la reparación en sentido amplio, esto es, la borratina de consecuencias que reclama la regla de Chorzow para que se configure la reparación integral.

En el derecho actual de la responsabilidad internacional, todo aspecto punitivo ha sido desterrado. Aunque autores como Dominicé<sup>16</sup> y algunos otros consideran que las actuales contramedidas contienen ingredientes retributivos, lo cierto es que han sido despojadas de todo elemento de ese carácter a partir de la segunda lectura del proyecto y en los sucesivos desarrollos que culminaron en el Art.49.1 anexo a la Resolución 56/83, y deben tener por único objeto inducir al Estado responsable “a cumplir con las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte”, que básicamente son la reparación y la “cesación” cuando ésta correspondiere. De modo que inclusive aquella sanción que Kelsen y Ago<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Dominicé han dicho que « ...*nous pensons que l'absence de distinction entre responsabilité pénale et responsabilité civile qui caractérise le droit international a précisément pour effet que la réalisation de la responsabilité présente un caractère mixte. Il y a certains éléments compensatoires, mais aussi des éléments afflictifs. Prétendre que la responsabilité internationale n'a que des conséquences compensatoires c'est rester sous l'emprise des catégories du droit interne et des distinctions qui s'établissent entre elles.* » Dominicé escribió esas líneas con bastante anterioridad a la Resolución 56/83 Otros autores encuentran que la reparación contiene ingredientes punitivos. Para Ago, la reparación excedería el simple daño personal de la víctima: intentaría también reparar “la infracción misma” o sea ir más allá de los efectos personales de la violación para atacar “la perturbación provocada en las relaciones jurídicas internacionales” y a través de ello obtener “el restablecimiento del orden jurídico perturbado”. Ver Cuarto informe de Roberto AGO. Ver *Id.* Nota 912. en sentido de la existencia en el derecho de gentes de sanciones de tipo penal, ha desaparecido de la escena con el abandono, tanto en la Comisión como fuera de ella, de la noción de crimen de Estado. Sabido es que la sanción, en el derecho penal moderno, tiene fines autónomos con respecto a la mera reparación, aún cuando el elemento retributivo de la pena cuenta aún hoy en día con defensores, en lo que aquella implica de satisfacción hacia la víctima y hacia el sentimiento general de la sociedad. La sociedad aborrece la impunidad y es así que la pena significaría, de alguna manera, una contribución al retorno a la legalidad y una equiparación de los platillos de la balanza.

<sup>17</sup> La sanción, o sea el elemento punitivo, tanto en Kelsen como en Ago, tenían cabida dentro de las relaciones de responsabilidad originadas en el hecho ilícito del Estado.

contemplaban como un elemento de la responsabilidad diferente de la reparación, está en los artículos de la Resolución AGNU 56/83 al servicio de la reparación, como un medio procesal para obtenerla (contramedida) y la reparación propiamente dicha ha quedado como el elemento esencial y *sine qua non* de la responsabilidad.

Creemos, entonces, que tanto las posiciones de Kelsen como la de Ago, o aún las de otros importantes autores como Dominicé, no alteran la noción de que responsabilidad es sinónimo de reparación en sentido amplio, que es lo que queríamos demostrar. Si esto es así, y considerando que el concepto de reparación carece de sentido sino es el de reparar un daño, resulta que no hay responsabilidad sin daño: como a la violación acompaña siempre, por nuestra definición, la responsabilidad, cuando hay violación hay responsabilidad porque ésta surge para reparar ese daño que sigue a la violación..

La frase del Art. 1º, entonces, sería equivalente a: “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su obligación de reparar el daño causado”

Debemos por ende determinar ese daño. En tal sentido, la reparación excedería el simple daño personal de la víctima: intentaría también reparar “la infracción misma” o sea ir más allá de los efectos personales de la violación para atacar “la perturbación provocada en las relaciones

---

Para Ago, como Relator especial, las relaciones jurídicas emergentes de la violación de una obligación internacional eran de un doble orden: por una parte, las que consistían en la creación de nuevos derechos subjetivos de reparación del Estado lesionado, a los que correspondían nuevas obligaciones por parte del Estado autor o alternativamente a la facultad del primero de aplicarle al segundo una sanción, facultad a la que no correspondía obligación alguna del responsable.<sup>17</sup> Responsabilidad sería, entonces, “la situación de un sujeto de derecho internacional frente al derecho de otro sujeto de exigirle reparación o frente a la facultad de otro sujeto de imponerle una sanción.”<sup>17</sup>

Se apartaba así de la concepción kelseniana, que al considerar que siendo el derecho internacional, como todo derecho, un orden coercitivo, la única consecuencia posible de una violación dentro de ese orden no podía ser sino una sanción coactiva. La reparación “propiamente dicha”, en esa línea de pensamiento, se relegaba a la categoría de un deber subsidiario o sustitutivo, al que sólo podía llegarse por un acuerdo entre el Estado autor, que buscaba evitar la sanción, y el Estado lesionado.

jurídicas internacionales” y a través de ello obtener “el restablecimiento del orden jurídico perturbado”.

Con la antigua fórmula de Ago, la responsabilidad era bifurcada y podía consistir en una reparación o en una sanción. Hoy en día, el derecho positivo apunta en otra dirección si, como creemos, el artículo citado refleja el derecho consuetudinario en la materia.<sup>18</sup>

Pero aún si -como parecen señalar algunos autores- la reparación contuviera aspectos punitivos en desafío de la letra “oficial”, por así decirlo, de los artículos de la CDI, o que se cuelan de contrabando en la naturaleza proclamada de la reparación, tales aspectos cumplirían con una función reparatoria en sentido amplio, ya que repararían “la perturbación del orden jurídico alterado”, en las propias palabras de Ago. Ese es un punto importante que toca a la relación jurídica misma de la responsabilidad, esto es, que tanto la reparación como la sanción aflictiva tienden a restaurar el orden jurídico alterado, tienden a reparar la perturbación causada por el *maleficio*, cada una a su manera: la reparación borrando todas las consecuencias del hecho ilícito según la fórmula de *Chorzow* y la sanción al dar a la víctima la retribución moral por el daño recibido y, de alguna manera, mirando hacia delante hacia la prevención de futuras violaciones que el castigo trae aparejada. Ambas han sido maneras utilizadas históricamente en caso de violaciones culpables del orden jurídico y acaso no del todo desterradas, si se atiende a algunos de los argumentos

---

<sup>18</sup>. Después del fallo sobre el asunto *Naulilaa* respecto a la proporcionalidad en las contramedidas, la corriente en la jurisprudencia y doctrina a ese respecto va en contra de la punición en derecho internacional, como lo indica claramente el comentario de la CDI al Art. 49.1: (1) “Article 49 describes the permissible object of countermeasures taken by an injured State against the responsible State and places certain limits on their scope. Countermeasures may only be taken by an injured State in order to induce the responsible State to comply with its obligations under Part Two, namely, to cease the internationally wrongful conduct, if it is continuing, and to provide reparation to the injured State.”<sup>744</sup> Countermeasures are not intended as a form of punishment for wrongful conduct, but as an instrument for achieving compliance with the obligations of the responsible State under Part Two. The limited object and exceptional nature of countermeasures are indicated by the use of the word “only” in paragraph 1 of article 49. al Art. 49.1. Por lo demás, la posibilidad introducida por el célebre artículo 19 de la primera lectura quedó atrás, como ya lo dijimos.

de Dominice, quien recuerda el papel que juega la satisfacción y las seguridades y garantías de no repetición.

Lo dicho refuerza la idea de que la responsabilidad no puede consistir en otra cosa que no sea la reparación en el amplio sentido recién esbozado y que la reparación no puede sino reparar un daño. No se repara lo que está intacto, sino lo que ha sido dañado. Es más, entendemos que ese daño se extiende no sólo al derecho subjetivo lesionado, sino también a la credibilidad y fortaleza del derecho objetivo: la violación de una obligación contractual debilita la aplicación de la norma *pacta sunt servanda*, la violación de una obligación consuetudinaria debilita la fuerza de la costumbre internacional. De ahí el interés de los Estados en que se cumpla el derecho internacional, interés que se ve lesionado por el *maleficium*.

Esta función la asigna el Comentario a la “cesación”, que protegería tanto el interés del Estado lesionado o de los Estados lesionados como el interés de la comunidad internacional en su conjunto en la preservación y la confiabilidad del imperio del derecho. Todo eso lo haría al velar por la continua validez y efectividad de la norma primaria subyacente.<sup>19</sup> La cesación<sup>20</sup> no pertenecería a la reparación y sería durante el período en que la obligación está siendo violada, la única vigente. Las otras como la compensación, la satisfacción o la reparación de otros daños entrarían en vigencia una vez que la cesación se hubiera operado y la cuantía de los daños pudiera ser establecida. Pero, de la restitución después de la cesación ¿qué quedaría? Ese es el principal problema de considerar la “cesación” como algo distinto a la restitución, como veremos.

## **V. El mecanismo de la responsabilidad. Continuidad de la obligación violada**

En la generalidad de los casos, la responsabilidad expresada en las consecuencias legales de un acto ilícito no es más que un remiendo que

---

<sup>19</sup> Sospechamos que estas consideraciones explican el apego de juristas como el profesor Arangio Ruiz al concepto de cesación. Nosotros asignamos los mismos efectos a la obligación de reparar, que nace por imperio del derecho internacional ante la violación de la obligación primaria.

<sup>20</sup>Para autores como Riphagen o Dominicé.



busca reparar o compensar de alguna manera los daños del incumplimiento. ¿Qué es sino la compensación o la satisfacción por el daño moral al Estado? ¿Es que el dinero es un equivalente exacto del daño recibido? ¿O una sentencia favorable borra la afrenta causada? Son sólo las mejores maneras, aunque imperfectas, que se han encontrado para volver, en alguna forma, a la integridad patrimonial, moral o jurídica del Estado lesionado y, como se está crecientemente intuyendo, a la integridad del sistema jurídico, lo que se está llamando “la vuelta a la legalidad” que al reparar de aquellas maneras los daños causados borra el “daño jurídico” lesionado por la violación.

No hay otra manera de equilibrar la balanza que poniendo en el platillo opuesto al de la violación pesas del carácter más equivalente posible a los daños causados y la idea de la vuelta a la legalidad es la que mejor expresa que el hecho ilícito ha sido dejado atrás y la responsabilidad cumplido con todos sus objetivos.<sup>21</sup> Conviene tener presente este concepto cuando se habla -algo ligeramente, en nuestra opinión- de “poner fin al hecho ilícito” como se hace, al tratar la cesación, en el Art. 30 de los anexados a la Resolución AGNU 56/83.

El mecanismo de la responsabilidad es sencillo; producida la violación de la obligación primaria ésta se extingue para dar lugar a la obligación general de reparar íntegramente el daño causado por el incumplimiento. (*Usina de Chorzow*). La fuente de esta nueva obligación general es la violación de la obligación primaria, a la cual reemplaza por imperio del derecho internacional.<sup>22</sup> Esta obligación de reparar recurre a varias medidas que pueden combinarse para cubrir la totalidad de los daños causados. La primera de estas medidas y la más cercana a la perfección es la restitución, entendida como la vuelta, en lo posible, al *statu quo ante*.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Que de más en más se advierte en dimensiones que trascienden lo meramente bilateral y tocan intereses comunitarios.

<sup>22</sup> La nueva obligación puede tener varios destinatarios, en primer lugar el Estado lesionado, luego otros Estados o la comunidad internacional en su conjunto.

<sup>23</sup> He aquí el párrafo del Comentario que sustenta lo dicho: “(2) The concept of restitution is not uniformly defined. According to one definition, restitution consists in re-establishing the status quo ante, i.e. the situation that existed prior to the

Si el daño causado es material, y no es posible la restitución, o bien ésta es sólo parcial, se la reemplaza o completa por la compensación por equivalente.<sup>24</sup> Si el daño es un daño moral del Estado, la reparación consiste en una forma de *satisfacción*. Los artículos de la Comisión no contemplan otro tipo de daño (ver Art. 31.2) ni de reparación de esos daños. Lo que hemos descrito como mecanismo de la responsabilidad es fácilmente comprensible y no deja resquicios intelectuales. Es un razonamiento que cierra bien y no necesita de mayores aditamentos: la violación termina con la obligación primaria y da origen a la obligación secundaria de reparar: hay siempre una obligación que rige y si bien es cierto que a veces la obligación secundaria puede tener el mismo contenido que la primaria, o incluir ese contenido en un conjunto de varias medidas, reconoce sin embargo otra fuente, que es la violación de la obligación primaria. La obligación secundaria deriva su fuerza de aquella obligación primaria que fue incumplida y cuyo contenido el derecho internacional bus-

---

occurrence of the wrongful act. Under another definition, restitution is the establishment or re-establishment of the situation that would have existed if the wrongful act had not been committed. The former definition is the narrower one; it does not extend to the compensation which may be due to the injured party for loss suffered, for example for loss of the use of goods wrongfully detained but subsequently returned. The latter definition absorbs into the concept of restitution other elements of full reparation and tends to conflate restitution as a form of reparation and the underlying obligation of reparation itself. Article 35 adopts the narrower definition which has the advantage of focusing on the assessment of a factual situation and of not requiring a hypothetical inquiry into what the situation would have been if the wrongful act had not been committed. Restitution in this narrow sense may of course have to be completed by compensation in order to ensure full reparation for the damage caused, as article 36 makes clear. (untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/English/commentaries/9\_6\_2001.pdf, p.95). Para decirlo de otro modo, el concepto de *restitutio* adoptado por la CDI consiste básicamente en la devolución de lo que se tiene, una nuda vuelta al *statu quo ante* (Art.35); la *reparación* es un concepto más amplio y se refiere a las medidas (una de las cuales es la *restitutio*) que tienden a reparar los daños causados y así volver a la legalidad.

<sup>24</sup> Generalmente la indemnización en dinero. En el derecho ambiental se pueden encontrar ejemplos de reparación por equivalente que no son indemnización en dinero, por ejemplo, si se reemplaza una población de peces exterminada por contaminación por un número equivalente de ejemplares de la misma especie y calidad.

ca restaurar.<sup>25</sup> Teniendo distinta fuente, son entonces diferentes obligaciones, aunque puedan tener el mismo contenido (pagar una suma de dinero, entregar la cosa objeto del contrato, etc.).

Normalmente, a esa prestación de la obligación primaria se añade el pago de daños y perjuicios (siendo los intereses una de las formas de reparación del daño en cuestión) por la demora en el cumplimiento que implica el mecanismo de vigencia de la nueva obligación o por otras circunstancias. Estos contenidos no estaban incluidos en la obligación primaria y caracterizan la nueva obligación surgida con motivo del incumplimiento.

Al tranquilo y fácilmente comprensible mecanismo de la responsabilidad, el Art. 29 de la CDI inyecta un factor que no podemos menos que encontrar perturbador, sobre la continuidad del deber del Estado infractor de cumplir con la obligación violada. Hemos visto que el Comentario explica dicha continuidad diciendo que “el deber de cumplir una obligación internacional, pese a su violación, está subyacente en el concepto de hecho ilícito continuado (véase el artículo 14) y en la obligación de cesación (véase el artículo 30 a).”

Si un Estado tenía, por ejemplo, la obligación de no contaminar en su frontera con otro país y contamina en un cierto lugar, eso no hace caer su obligación de no contaminar en otro lugar de la misma frontera, aunque haya reparado los daños causados en primer término. Pero una obligación incumplida, por ejemplo, de entregar una cierta suma de dinero en una cierta fecha se extingue y es reemplazada por la obligación de reparar, que puede tener parcialmente el mismo contenido, pero que incluye la reparación de todos los daños que causó el incumplimiento.

Si el razonamiento anterior es correcto, el Comentario del Art. 29 debió aclarar que se refería a una violación continuada y que la regla de que la obligación primaria es sustituida por las consecuencias continúa incólume.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> La obligación primaria deriva su fuerza de un tratado que la contiene o de una costumbre, la secundaria de la violación de la primaria.

<sup>26</sup> El agregado de que aún cuando el Estado infractor hubiere cumplido con la reparación, continúa estando obligado por la obligación primaria parece particularmente confuso.

En una violación puntual, el principio que comentamos conduciría, tras la violación, a la coexistencia de dos obligaciones: la primaria violada y la de reparar, que son diferentes por tener distintos contenidos y provenir de distintas fuentes, pero la prestación establecida en la primera está contenida en la segunda.

La frase final es aclaratoria del por qué de la continuidad pese a la violación de la obligación primaria. Al decir que esta continuidad está subyacente en el concepto de hecho ilícito continuado del artículo 14 y en la obligación de cesación del artículo 30 a) nos está diciendo que, como una formal reverencia a la lógica, el concepto de violación continuada requiere que la obligación primaria continúe en vigor *mientras está siendo violada*, de lo contrario el Estado infractor estaría golpeando un cadáver: no podría seguir violando una obligación que ya está extinguida y que no puede cumplirse.<sup>27</sup> Requiere, además, la idea de cesación para marcar bien el período en que termina la obligación primaria y entran a jugar las obligaciones secundarias: con la cesación de la conducta violatoria, cesa el comportamiento que configura la violación, y cesa al mismo tiempo la violación misma, dice el Art. 30.(a) puesto que la cesación consiste en “poner fin al hecho ilícito”. Una explicación geométrica ilustraría la violación por un acto único con un punto, y la continuada por un segmento de recta que comienza y termina con la conducta violatoria.<sup>28</sup> El Art. 29 se aplica, entonces, no al mecanismo de sustitución de la obligación primaria por la secundaria que entraría a funcionar solamente *después de la violación*, sino al trecho en que la obligación primaria está siendo

---

<sup>27</sup> Puede cumplirse el contenido de la obligación primaria, pero no la obligación misma. La obligación de pagar una suma de dinero en cierta fecha se extingue cuando pasó la fecha y se incurrió en el incumplimiento, porque la fecha ya pasó y no puede el deudor volver atrás en el tiempo. Cede su lugar a la obligación de reparar, que incluye el pago de la suma adeudada.

<sup>28</sup> Aunque, si bien se mira, incluso los actos puntuales tienen duración, porque la conducta humana no es geométrica. La única diferencia es que los actos continuados tienen una mayor duración que los puntuales, pero a veces resulta difícil diferenciarlos, al menos en sus efectos. Por ejemplo, una contaminación puede resultar de un largo proceso de varios meses o de un acto solo pero de gran magnitud, como fue la contaminación del Rin por el accidente ocurrido a la fábrica de Sandoz. Y si afinamos el análisis, ese accidente puede considerarse que se compuso de varios actos.

violada por el hecho continuado. Es durante este trecho que la obligación primaria, no obstante estar siendo violada, conservaría su vigencia, precisamente para poder seguir siendo violada. La violación continuada comienza, entonces, con el “acto continuado” violatorio y termina cuando éste cesa. Parece algo paradójico que una obligación siga en vigencia mientras continúe la conducta violatoria y se extinga cuando dicha conducta infractora cesa, pero la explicación está en que en la violación continuada el mecanismo de la responsabilidad, esto es, el reemplazo de la norma primaria por la secundaria se opera sólo cuando la violación se ha completado y los daños que este incumplimiento origina pueden cuantificarse y eventualmente repararse.

## VI. El concepto de restitución y el de cesación

Restitución, en general, significa volver a un estado anterior, regresar al *statu quo ante*. La Comisión de derecho internacional dice en su comentario que el concepto de restitución no es uniformemente definido en doctrina y se refiere a dos diferentes formas de restitución, una de orden restringido consistente simplemente en una vuelta a la situación existente antes de la ocurrencia del hecho ilícito, otra que sigue las aguas de Chorzow y que considera como restitución el establecimiento de la situación que “con toda probabilidad” hubiera existido si el hecho ilícito no hubiera sido cometido. La primera definición no incluye la compensación que se hubiera debido a la parte lesionada por la pérdida sufrida por efecto del hecho ilícito -por ejemplo, por la pérdida consiguiente a la privación del uso de la cosa indebidamente detenida, aunque subsecuentemente devuelta, o los intereses que la suma otorgada como indemnización hubiera devengado en el plazo que corre entre la violación y la compensación. La segunda definición incluye dentro del concepto de restitución otros elementos de la reparación plena y tiende a incluir la restitución como una de las formas -acaso la más importante y sin duda la primera en el tiempo- de la reparación integral. El artículo 35 adopta la primera definición, de carácter restricto, que ofrece la ventaja de concentrarse en la apreciación de una situación fáctica y de no requerir una investigación hipotética sobre cuál hubiera sido la situación si el hecho ilícito no se hubiera come-

tido.<sup>29</sup> La restitución en el sentido restringido que se indica debe, naturalmente, completarse con la compensación que resulte en una reparación completa por el daño causado, como el artículo 36 lo dice claramente.<sup>30</sup> Para decirlo de otro modo, el concepto de *restitutio* adoptado por la CDI consiste básicamente en la devolución de lo que se tiene, la nuda vuelta al *statu quo ante* (Art.35); la *reparación* es un concepto más amplio y se refiere a las medidas (una de las cuales es la *restitutio* en sentido estricto) que tienden a restaurar los daños causados o compensarlos si esa restauración no es posible y así volver a la legalidad.

Respecto a la cesación, el Relator especial aborda, en su Informe preliminar, la cuestión de la cesación y comienza con un concepto fundamental para su posición diciendo que la cesación difiere de los otros remedios en que, a diferencia de ellos, pertenece al hecho ilícito mismo más bien que a sus consecuencias legales. El artículo 30, en cambio, define la cesación diciendo que “El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) A ponerle fin, si ese hecho continúa;”

Ya en el artículo citado<sup>31</sup> expuse mi convicción respecto a que el significado de “ponerle fin” es incompatible con la idea de la “cesación”

---

<sup>29</sup> Especulación que debe, de todos modos, realizarse en cuanto a la aplicación de otras medidas, como el lucro cesante. Pero al menos los perfiles de la restitución quedan bien definidos.

<sup>30</sup> “(2) The concept of restitution is not uniformly defined. According to one definition, restitution consists in re-establishing the status quo ante, i.e. the situation that existed prior to the occurrence of the wrongful act. Under another definition, restitution is the establishment or re-establishment of the situation that would have existed if the wrongful act had not been committed. The former definition is the narrower one; it does not extend to the compensation which may be due to the injured party for loss suffered, for example for loss of the use of goods wrongfully detained but subsequently returned. The latter definition absorbs into the concept of restitution other elements of full reparation and tends to conflate restitution as a form of reparation and the underlying obligation of reparation itself. Article 35 adopts the narrower definition which has the advantage of focusing on the assessment of a factual situation and of not requiring a hypothetical inquiry into what the situation would have been if the wrongful act had not been committed. Restitution in this narrow sense may of course have to be completed by compensation in order to ensure full reparation for the damage caused, as article 36 makes clear. (untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/English/commentaries/9\_6\_2001.pdf, p.95).

<sup>31</sup> Ver nota 2.

como el simple “dejar de hacer” que presupone su alegada pertenencia al hecho mismo más que a sus consecuencias legales. Esto es así porque para poner fin al hecho internacionalmente ilícito se requiere la reparación, no la restitución en su versión estricta, sino la restitución con más las otras medidas que configuran la reparación integral. Bien mirado, la llamada cesación es en ciertos casos que el Relator especial mismo considera, no un simple “dejar de hacer”, sino un “hacer algo que borre lo que se estaba haciendo”, un “*undoing*” como lo expresara el segundo Relator especial del tema, profesor Riphagen.

En el concepto que ahora maneja la Comisión las conductas violatorias “cesan” cuando se da cumplimiento a la prestación establecida en la obligación primaria. Sugerimos que lo que la cesación requiere es la ejecución de la prestación que era el *contenido* de la obligación primaria porque, como veremos, la idea de que la obligación primaria subsiste a la violación y continúa en vigencia al tiempo que es violada requiere una acrobacia mental incompatible con la lógica aristotélica.

Ya vimos que ese lugar al que lleva la definición de “cesación” está ya ocupado por una de las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación, que es la *restitución*, que presupone la sustitución de la obligación primaria por la secundaria tras la violación.

Los ejemplos abundan: en la toma de rehenes, por ejemplo, la “cesación” sólo se produciría si los rehenes son entregados sanos y salvos, o sea si se vuelve al *statu quo ante* y se configura la *restitución*. También cesaría la conducta que originó la violación de la obligación primaria si se los mata, o se los abandona a su suerte en un medio hostil, pero no creemos que tal conducta se considere “cesación” por los partidarios de este concepto: se requiere una conducta conducente a la entrega de los rehenes, o sea a la *restitución*. Si se los mata se cesa en la actividad de tenerlos cautivos, pero no se produciría una real “cesación”; eso solamente ocurriría si hay restitución. La CIJ, en el asunto del muro en Cisjordania, determinó que la cesación de la conducta infractora de Israel no se agotaba con discontinuar la construcción, sino que era necesario que se dismantelara el muro y sobre todo que a partir de ahí se terminara con el régimen de tránsito de los habitantes de uno al otro lado del muro y se volviera de ese modo al *statu quo* anterior.

Ante estas evidencias, el Comentario no deja de reconocer que es muy difícil distinguir la “cesación” de la restitución en ejemplos como los

citados,<sup>32</sup> pero nos dice que la diferencia entre ambas está en que la restitución cede su prioridad entre las medidas de reparación cuando es onerosa (Art. 35) y la cesación, en cambio, no cede nunca su lugar prioritario.<sup>33</sup> Eso significa olvidar que estamos hablando de dos hipótesis diferentes: la restitución es prioritaria sobre las otras medidas de reparación pero cede su lugar solamente en las violaciones por actos puntuales, no puede hacerlo en las violaciones por acto continuado porque sin un

---

<sup>32</sup> (7) The question of cessation often arises in close connection with that of reparation, and particularly restitution. The result of cessation may be indistinguishable from restitution, for example in cases involving the freeing of hostages or the return of objects or premises seized. Nonetheless, the two must be distinguished. Unlike restitution, cessation is not subject to limitations relating to proportionality. It may give rise to a continuing obligation, even when literal return to the *status quo ante* is excluded or can only be achieved in an approximate way. *Preliminary Report, p.15.*

<sup>33</sup> Para el antedicho Relator especial, existen otros motivos de diferenciación de ésta con la restitución. Una que ya mencionamos y que sería (*Ibid*) que la cesación pertenece a la conducta ilícita *per se*, o sea a la fuente misma de la responsabilidad, lo cual parece un recurso meramente verbal, máxime teniendo en cuenta que a lo que apunta primariamente es a una conducta diferente de la exigida por la obligación primaria pero necesaria para terminar con la conducta violatoria: devolver los rehenes, evacuar el territorio ocupado ilegalmente, etc. Agrega el Relator que la cesación no pertenece al grupo de medidas de reparación, sino que está en un lugar intermedio entre la obligación primaria y la secundaria. Sin embargo, reconoce más adelante (para 32) que la cesación pertenece “en un sentido amplio” a las consecuencias de la violación (cessation “falls among the legal consequences of a wrongful act in a broad sense” y que “cessation is, moreover, not irrelevant from the point of view of the consequences of the wrongful act and of reparation *stricto sensu*). Dice, además, que la cesación tiene una “remedial function” diferente de las otras medidas de reparación, (con lo cual está ya proclamando su pertenencia a las consecuencias de la violación, porque a las consecuencias pertenecen los remedios) porque “it would serve to prevent, by ensuring the formerly wrongdoing party’s undertaking to resume compliance with the original obligación the very coming into play, for the portion of wrongful conduct avoided thanks to cessation, of the duty to make reparación derived from the so-called “secondary rule” establishing responsibility”. (para 22) Razonamiento complicado y sobre cuyo real sentido no aventuramos opinión. Para agregar una imprecisión más a las anteriores, otro pasaje nos informa que la cesación estaría “telescoped” entre la obligación primaria y la secundaria. Para evadirse de esta molesta rigidez de los conceptos de obligación primaria y secundaria, el Profesor nos cuenta que, en su opinión, esto de las obligaciones primarias y secundarias es sólo un asunto relativo, olvidando que son una concepción de la lógica formal que por ello mismo no puede ser simplemente relativa.



regreso al *statu quo ante* no se terminaría nunca la violación y no podría cuantificarse el daño ni por ende ser reparado. Pero la restitución no deja de ser restitución en ambos casos y no se justifica, entonces, llamar a una cosa por dos nombres diferentes y declarar que no son la misma cosa. Y si no hay restitución posible tampoco hay cesación posible, al menos dentro de la definición que fija de ella la Comisión.

Tampoco se exige la restitución si ésta es onerosa, según el Art. 35 b),<sup>34</sup> pero de nuevo este artículo no especifica que ambas hipótesis se refieren a violaciones puntuales, que admiten este tipo de excepciones, no a las llamadas “continuadas”.

Creemos que un examen correcto nos llevaría a concluir que la llamada “cesación” no consiste en cumplir con la obligación primaria, sino cesar una conducta que la viola, y que eso se consigue a través de una conducta que nada tiene que ver con la requerida por la obligación primaria, amén de que da por supuesta la violación. Devolver los rehenes nada tiene que ver con no tomar rehenes, retirarse del territorio ilegalmente ocupado tampoco requiere la misma conducta que ocupar ilegalmente un territorio: la obligación de cesar encubre una nueva obligación que es de resultado, porque deja los medios a disposición del obligado y de hacer, no de no hacer. Es una obligación de distinto contenido y de distinta fuente, porque presupone la violación de la obligación primaria. Como dijimos antes, esta última nace del tratado o del derecho internacional general, mientras que la fuente de la llamada “cesación” es la violación de la obligación primaria y por ende pertenece a la norma secundaria.

La admisión de que cesación y restitución son difíciles de distinguir en casos como los citados (devolución de rehenes, de territorio ocupado, etc) deja entender que en todos los demás casos la diferencia entre aquellos conceptos es claramente perceptible. Sugerimos que lejos de ello, la confusión de ambos es visible; en efecto, si restitución es la vuelta al *statu quo ante* todos los casos de “cesación” lo serían también de restitución en las obligaciones de no hacer. Si vamos a un caso como el de la Fundición Trail “cesar” de emitir humos contaminantes es también volver al *statu quo ante*, a aquellos buenos y viejos tiempos en que no se conta-

---

<sup>34</sup> Si la restitución importa una carga fuera de toda proporción con el beneficio que derive de la restitución en lugar de la compensación.

minaba. Y así con todos los ejemplos de violaciones continuadas: el de la ley contraria a una ley uniforme, su derogación también es un retorno a la situación anterior al hecho ilícito, en que el Estado estaba libre de pecado<sup>35</sup>.

Y si la restitución es imposible -porque, por ejemplo, se destruyó la cosa objeto de la obligación- también la llamada “cesación” como la concibe el comentario al Art. 30, (a) es imposible y la vuelta a la legalidad se operará solamente mediante la compensación.

El caso del *Rainbow Warrior* ilustra la identidad entre cesación y restitución y el hecho de que ese concepto pertenece a la norma secundaria, o sea al tramo de la reparación. El Tribunal arbitral encontró que Francia no tenía obligación de restituir a sus dos súbditos a la isla de Hao porque dicha obligación había ya vencido. Para el tribunal la cesación consistía en el cumplimiento de la obligación primaria, que necesitaba estar en vigencia para Francia.<sup>36</sup> El resultado consiguiente significó una impunidad que dejó, al menos en lo que a nosotros respecta, un cierto sentimiento de injusticia. Si el tribunal hubiera considerado, como lo creemos correcto, que la norma aplicable era la de una restitución, o sea una vuelta al *statu quo ante*, hubiera surgido que la devolución a los culpables a la isla de Hao constituía una nueva obligación de Francia, con idéntico contenido que la primaria<sup>37</sup> pero con diferente fuente, precisamente la violación de dicha obligación primaria. Volver al *statu quo ante* significaba que esa nueva obligación debía durar todo el tiempo que restaba según la obligación primaria -transmitido su contenido a la obligación secundaria- desde el momento justo antes de su violación.

---

<sup>35</sup> Al menos, del pecado capital que consistía en incumplir el contenido de la obligación primaria.

<sup>36</sup> Esta fue, resumida, la opinión del Tribunal en este aspecto: “In its view, the obligation was for a fixed term which had expired, and there was no question of cessation. Evidently, the return of the two agents to the land was of no use to New Zealand if there was no continuing obligation on the part of France to keep them there. Thus, a return to the *status quo ante* may be of little or no value if the obligation breached no longer exists.” *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two, as corrected., p.80.

<sup>37</sup> Al menos, en su prestación principal, que era que los condenados cumplieran su condena.

## VII. La violación por omisión

Quedaría por ver lo relativo a las obligaciones de hacer, o sea a la eventual continuidad de una obligación primaria de hacer violada por omisión. Los artículos de la Comisión reconocen la violación por hechos continuados de comisión y de omisión, en su comentario se dice que estas últimas infracciones son las más numerosas. Sin embargo, un análisis somero parece indicar que los hechos omisivos no configuran nunca un acto continuado y que, por el contrario, considerar a las omisiones como tales actos implicaría negar la existencia de hechos puntuales de omisión, o sea que todos los hechos omisivos serían continuados.<sup>38</sup>

Veamos algunos ejemplos. En el caso del *Rainbow Warrior*, considerar que Francia, al no devolver los reos que había sustraído de su encierro había incurrido en una omisión continuada y que por ende estaba obligada a la cesación equivalía a exigir que Francia cesara de no entregarlos. Pero cesar de no hacer es simplemente hacer, y las dobles negaciones esconden afirmaciones. Por ende, Francia estaba obligada a hacer algo, (entregar los rehenes) no a cesar de hacer algo ¿A santo de qué llamarla cesación?

Además, ¿del cumplimiento de qué obligación se trataba? No de la obligación primaria, que hubiera sido la de no interferir y dejar a los reclusos en la isla de Hao cumpliendo su condena, sino el de la obligación secundaria de restituir los presos a su antigua condición. Si se omiten los medios conducentes al cumplimiento de la obligación, la llamada “cesación” no es sino el cumplimiento, a través de los medios idóneos, de volver al *statu quo ante* del hecho que significó la violación, o sea a la restitución.

Resumiendo, en las obligaciones de no hacer, como en el caso de los rehenes de Teherán, la obligación de Irán tras la violación consistía en

---

<sup>38</sup> Cosa que dice expresamente el Relator especial (ver nota 16, página siguiente). Se nos ocurre que en realidad, los únicos hechos omisivos continuados sería aquellos en que el incumplimiento consiste en la comisión por omisión. El ejemplo típico, extraído del derecho penal, sería el de alguien que comete homicidio porque mata a otro por inanición, o sea por no darle de comer cuando podía y debía hacerlo. Es decir, que permite el desarrollo de un proceso paralelo a su omisión que es la causa eficiente del daño.

devolver la Embajada a los Estados Unidos, con los rehenes en situación de libertad. Hay *restitución*. Luego habría que contemplar la *reparación* de los daños causados: materiales si los hay, satisfacción por agravio al Estado lesionado, daño moral de los nacionales de la Embajada y de otros extranjeros si se reclama, etc. Con ello hay vuelta a la legalidad.

En las obligaciones de hacer, como el pago de una suma de dinero o la entrega de una obra en cierta fecha<sup>39</sup> la cesación consistiría en cesar de no entregar dicha suma, o sea, en entregarla. Pero, si de poner fin al hecho ilícito se trata, no basta con tan sólo entregarla, sino también en pagar los intereses devengados o reparar los daños causados por la omisión.

Por lo demás, el deudor ya nunca podrá cumplir con la obligación de pagar en esa fecha, porque la fecha ya pasó. Debe una nueva obligación, secundaria, del mismo contenido que la primaria (pagar esa misma suma) y eso implica vuelta al *statu quo* anterior al incumplimiento.<sup>40</sup> Para después quedarían las prestaciones para completar la reparación integral.

Si el razonamiento anterior es correcto, la cesación no sería, entonces, sino la restitución en los casos de violaciones por acto continuado. Y como la cesación carece de sentido en las violaciones que se producen por actos puntuales, la conclusión es que introducir un concepto como el de cesación es inútil, configura una duplicación de conceptos y contribuye a la confusión del estudioso.

### VIII. ¿Hay violaciones continuadas?

Después de las cogitaciones anteriores, cabría una pregunta cuya respuesta podría ser materia de una reflexión posterior: la noción de continuidad de la obligación primaria durante la violación, base no sólo del concepto de cesación, sino también del de violación continuada, ¿no im-

---

<sup>39</sup> El informe del Profesor Arangio Ruiz dice, en su p. 15, para. 42, que “As long as it is protracted beyond the date within which an obligation is due to be, non-compliance with an *obligation de faire* is a wrongful act of a continuing character.”

<sup>40</sup> Con más, eventualmente, daños e intereses como compensación por los correspondientes daños.

porta una cierta acrobacia mental? Porque ya vimos que para ser violada continuamente, la obligación primaria no debe extinguirse por el primer acto ejecutorio de la violación, sino que debe resucitar en forma continua para poder seguir siendo violada. Este proceso parecería importar una especie de *continuum*: violación - resucitamiento- violación y así sucesiva y constantemente, sin que medie acto alguno que produzca las sucesivas resurrecciones del deber primario.

Habíamos adelantado que la violación se da como una contradicción entre la conducta exigida por la obligación y la efectivamente seguida por el obligado, en un plano conceptual o lógico, y que el daño ocurre en el plano de los hechos. La medición del daño exige la terminación de la conducta violatoria, pero para ello no es necesario hacer continuar la vigencia de la obligación primaria, sino simplemente comprobar la terminación de la conducta en cuestión como causa eficiente de los daños. La ficción de que la obligación primaria continúa vigente conlleva ciertas dificultades, porque no teniendo la contradicción una dimensión temporal resulta que lo prohibido ya se ha hecho; por ejemplo si de no contaminar se trata, el Estado infractor ya ha contaminado, se detenga o continúe haciéndolo. Acaso fuera más conforme con la lógica pensar que la obligación primaria ya ha sido violada y que nace para el Estado infractor, desde ese mismo momento, una obligación distinta de la primaria, que los partidarios de la cesación llaman “de cesar” pero que en realidad es de restituir, para poder cuantificar los daños y cumplir con la reparación

Se respetaría así el mecanismo de la responsabilidad, según el cual<sup>41</sup> la obligación primaria cede su lugar, no bien ha sido violada, a la obligación secundaria de restitución y el hecho de que el Estado infractor continúe con su misma conducta no cambia demasiado las cosas. Dejemos que los muertos entierren a sus muertos: la que existe ahora es la obligación secundaria de restitución que deja al estado infractor la libertad de elección del medio conducente al resultado de restituir el *statu quo ante*.

---

<sup>41</sup> Sin contar con que las violaciones “puntuales” también toman su tiempo, puesto que la conducta humana no es geométrica ni puede, en rigor, graficarse con un punto.

## IX. Conclusiones

1. En el período de violación continuada el incumplimiento no ha terminado de producir sus daños, y por ende la eventual obligación de compensar no ha podido entrar en vigencia.
2. Durante ese período el Estado autor tiene una sola obligación: restituir/cesar en su conducta violatoria para permitir la vigencia de las otras obligaciones secundarias. (Una razón más de la prioridad de la restitución sobre la compensación).
3. Violación y daño ocurren en distintos planos: en el plano de las significaciones (conceptual) el primero, en el plano fáctico el otro. La violación ocurre desde que la conducta violatoria se instaló, mientras que los daños no pueden establecerse hasta que termine la conducta infractora del Estado autor.
4. La restitución sólo requiere un simple retorno a un *statu quo ante* que mira al futuro, no al pasado (Art. 35)<sup>42</sup> y es la obligación secundaria de carácter previo.
5. La cesación se confunde con la restitución del Art. 35. Se citan casos: devolver los rehenes, devolver el territorio ilegalmente ocupado por el invasor, derogar una ley violatoria de un compromiso internacional. **Esto, más que un “dejar de hacer” algo, es un “hacer algo distinto para dejar de hacer lo indebido”, o sea una específica obligación de hacer y no una de no hacer (devolver los rehenes, devolver el territorio ocupado, etc)**
6. Pareciera que discontinuar una conducta violatoria significa siempre volver al *statu quo ante*, que es lo que la Comisión ha adoptado como definición de la restitución.
7. Hay un error grave en el Art. 30, que define la obligación de cesar como “ponerle fin” al hecho ilícito si éste continúa” porque para ello se requiere, no sólo la restitución sino completar la reparación. Se confunde la llamada “cesación” no ya con la restitución, sino con la reparación integral.

---

<sup>42</sup> Algo así como en la película “Volver al futuro” por todos conocida.

8. En las obligaciones de hacer, que no requieren devolver nada y donde el incumplimiento se opera por omisión, el deber de cesación esconde la obligación positiva de la reparación.
9. Aparentemente, la idea de la cesación como dejar de hacer siempre se traduce, llegado el caso específico, en una obligación de hacer que deja los medios normalmente a elección del Estado autor y cuyo resultado es la restitución.

## **Anexo**

*1. Textos de los artículos 1, así como 28 a 31 sobre responsabilidad internacional de los Estados, con sus comentarios, de la Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas.*<sup>43</sup>

### Artículo 1

Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

### Artículo 28

Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito

La responsabilidad internacional del Estado que, de conformidad con las disposiciones de la primera parte, nace de un hecho internacionalmente ilícito produce las consecuencias jurídicas que se enuncian en la presente parte.

### Artículo 29

Continuidad del deber de cumplir la obligación

---

<sup>43</sup> Hemos suprimido las notas que incluyó la CDI, que consideramos innecesarias a los efectos que se propone esta transcripción.

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada.

#### Artículo 30

##### Cesación y no repetición

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

- a) A ponerle fin, si ese hecho continúa;
- b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

#### Artículo 31.

##### Reparación

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.

#### Artículo 35.

##### Restitución

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

- a) No sea materialmente imposible;
- b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.

### **Comentario de la Comisión de derecho internacional**

Las consecuencias jurídicas básicas de un hecho internacionalmente ilícito que se exponen en la segunda parte son las obligaciones del Estado responsable de cesar el comportamiento ilícito (art. 30) y de reparar ple-



namente el perjuicio causado por ese hecho ilícito (art. 31). Cuando el hecho internacionalmente ilícito constituye una violación grave por el Estado de una obligación nacida de una norma imperativa de derecho internacional general, esa violación puede tener ulteriores consecuencias para el Estado responsable y para otros Estados.

1) Cuando un Estado viola una obligación internacional, se plantean cuestiones fundamentales sobre el restablecimiento y el futuro de la relación jurídica afectada por esa violación. Con independencia de la cuestión de la reparación, surgen inmediatamente dos cuestiones, a saber, el efecto del comportamiento del Estado responsable sobre la obligación que ha sido violada, y la cesación de la violación, si ésta continua. El artículo 29 se ocupa de la primera cuestión, y el 30 de la segunda.

2) El artículo 29 enuncia el principio general de que las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada. Como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito, se establece un nuevo conjunto de relaciones jurídicas entre el Estado responsable y el Estado o Estados con los que existe la obligación internacional. Pero esto no significa que desaparezca la relación jurídica preexistente establecida por la obligación primaria. Incluso si el Estado responsable cumple las obligaciones que le impone la segunda parte de cesar el comportamiento ilícito y reparar plenamente el perjuicio causado, no queda exonerado por ello del deber de cumplir la obligación violada. La continuidad del deber de cumplir una obligación internacional, pese a su violación, está subyacente en el concepto de hecho ilícito continuado (véase el artículo 14) y en la obligación de cesación (véase el artículo 30 a)).

3) Es cierto que, en algunas situaciones, el efecto definitivo de la violación de una obligación puede ser el de poner término a la obligación en sí. Por ejemplo, el Estado lesionado por una violación grave de un tratado bilateral puede decidir dar por terminado el tratado. Pero, como dejan claro las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el simple hecho de una violación e incluso de una repudiación de un tratado, no da por terminado éste. Corresponde al Estado lesionado reaccionar ante la violación en la medida permitida por la Convención de Viena. Puede ocurrir que el Estado lesionado no tenga interés en dar por terminado el tratado como opción distinta a pedir que continúe cumpliéndose. Cuando se da debidamente por terminado un tratado a causa de su violación, la terminación no afecta las relaciones jurí-

dicas establecidas por el tratado antes de su terminación, incluida la obligación de reparar cualquier violación. Es todavía menos probable que la violación de obligaciones

4) El artículo 29 no tiene por qué ocuparse de estos casos. Todo lo que dispone es que las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito por cuanto concierne a la responsabilidad del Estado no afectan la continuidad del deber de cumplir la obligación violada. Si, y en qué medida, esa obligación subsiste pese a la violación es una cuestión que no está regulada por el derecho de la responsabilidad del Estado, sino por las normas relativas a la obligación primaria pertinente.

## **A PROPÓSITO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

Víctor BAZÁN

### **I. Apreciaciones previas**

En general, y entre otros tópicos relacionados, se examinará la importancia y los retos que afronta el “control de convencionalidad” a cargo de los magistrados nacionales (y demás autoridades públicas), que consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, CADH) y a los estándares interpretativos forjados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

Para desandar parte importante del camino propuesto, retrataremos diversos aspectos complejos de la cuestión central que se aborda en este documento.

En esa dirección, contextuaremos el control de convencionalidad; formularemos un deslinde conceptual del mismo; reseñaremos sucintamente la evolución de la doctrina jurisdiccional de la Corte IDH a su respecto; indagaremos sobre su objetivo genérico, el parámetro para efectuarlo, su ámbito de cobertura y la viabilidad de desarrollarlo de oficio.

A su tiempo, nos detendremos en la praxis de algunos órganos de cúspide de la justicia constitucional latinoamericana (específicamente en Argentina, Colombia y México), para indagar cómo ha sido receptado y qué impacto ha producido el control de convencionalidad en los respectivos escenarios jurídicos que serán puestos en foco.

Posteriormente, y antes de ingresar a las valoraciones conclusivas de este ensayo, nos ocuparemos de la relevancia de trazar líneas de cooperación entre los tribunales internos y la Corte IDH y de intensificar un

“diálogo jurisprudencial” entre ambas jurisdicciones, en orden a que las cortes locales lleven adelante una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente ésta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a sus criterios jurisprudenciales.

Ello así, para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de acrecimiento de las dificultades en el empleo práctico del control de convencionalidad.

Evidentemente, toda esta rica y polifacética problemática representa una de las imágenes asociadas al fuerte crecimiento de los espacios de interacción del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, ante el protagonismo que cobran los *tribunales de cierre de la justicia constitucional*<sup>1</sup> en cada Estado Parte del sistema interamericano y su relacionamiento con la *Corte IDH*, en tanto copartícipes jurisdiccionales de un objetivo convergente, tan amplio como sensible y trascendente: *las cabales protección y realización de los derechos en el área interamericana*.

Como tendremos ocasión de verificar, la aconsejable colaboración entre ambas instancias (interna e interamericana) no apunta a una relación jerárquica entre ellos, sino a una coexistencia coordinada en la hermenéutica *pro persona* de los derechos esenciales.

## II. Consideraciones contextuales

La creciente trascendencia de la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación

---

<sup>1</sup> Con profundo agrado nos sumamos a la acertada iniciativa de publicar la obra a la que este trabajo adscribe, por medio de la cual se rinde un muy merecido homenaje a la Prof. Dra. Zlata Drnas de Clément, brillante jurista y excelente persona.

Bajo tal expresión involucramos a las Cortes Supremas de Justicia (v.gr., México, Argentina), las Salas Constitucionales localizadas en Cortes o Tribunales Supremos de Justicia (por ejemplo, Costa Rica, Venezuela, Paraguay) y los Tribunales o Cortes Constitucionales (Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala, Perú, República Dominicana), ya sea que estén enmarcados en el ámbito del poder, función o rama judiciales o que hayan sido diseñados como órganos constitucionales extrapoderes o entes constitucionales autónomos.

de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras del afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de derechos y garantías.

En tal escenario subyace la circunstancia que marca que la medular cuestión de los derechos humanos es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional; esto es, que hace mucho tiempo ha dejado de ser una problemática exclusiva de los Estados.

Ciertamente, no se nos escapa que la jurisdicción interamericana ostenta una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de aquellas de los ordenamientos nacionales (cfr. Preámbulo de la CADH, párr. 2º) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos, vinculada al carácter subsidiario de la dimensión interamericana, está pensada para acordar al Estado la posibilidad de remediar internamente sus conflictos sin necesidad de verse enfrentado a un proceso internacional.

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer ámbito de tutela cabal de tales derechos, pues como afirma Pérez Tremps “...no es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia”<sup>2</sup>.

Convergentemente, García Ramírez resalta que *la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional*<sup>3</sup>.

No puede ocultarse que la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad de primer orden y se convierte en uno de los desafíos centrales a los que se enfrenta la protección integral de los derechos fundamentales, sobre todo, en un momento como el actual, en el que la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos está inmersa, al menos desde el

---

<sup>2</sup> Pablo PÉREZ TREMPs: «Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales», *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 10, Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.

<sup>3</sup> Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, n.º 158; voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

plano discursivo, en un modelo de justicia internacional de derechos humanos.

En el espacio de interacción jurisdiccional que mencionábamos, vale tener presente que tanto en la etapa inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto -en su caso- en la fase de ejecución de una sentencia de condena internacional de la Corte IDH<sup>4</sup>, la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

Como es de sobra conocido, en principio constituye recaudo esencial para franquear el acceso inicial al sistema interamericano<sup>5</sup>, el ya señalado agotamiento previo de los recursos internos (ante la existencia de una violación de derechos humanos no resuelta, o no reparada integralmente, en el espacio nacional) y, análogamente, luego de un pronunciamiento de condena de un Estado por la Corte IDH que aquél no cumpla en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima, sus familiares o representantes legales, la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado remiso. Sin perjuicio, en esta última etapa de exigencia compulsiva de la operativización de los decisorios, de las facultades de supervisión que al respecto ostenta el Tribunal Interamericano.

Se torna, así, irrecusable asumir la imprescindibilidad de los derechos humanos en el Estado Constitucional y el sistema protectorio internacional. Asimilar tal premisa es un punto de partida básico en todo proceso hermenéutico que los aborde, desde que no puede pasarse por alto que algunos importantes ribetes del derecho internacional de los derechos humanos hacen parte del *ius cogens*, delineado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>6</sup> (CVDT), de 1969, en los arts. 53 y 64.

La primera de dichas cláusulas lo conceptúa<sup>7</sup> determinando que “una norma imperativa de derecho internacional general es una norma

---

<sup>4</sup> Cfr. art. 68.2 de la CADH.

<sup>5</sup> Cfr. art. 46.1. ‘a’ de la CADH. Fuera del sistema interamericano, también, por ejemplo, en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5.2.b).

<sup>6</sup> U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

<sup>7</sup> Establece además, en su parte inicial, que «[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general».

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”. Por su parte, la segunda enfoca lo que se ha denominado el *ius cogens superviniente*, al disponer que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

Desde una perspectiva genérica, es posible observar que tanto el art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia de la ONU (que sucedió a aquel Tribunal Permanente), han establecido la aplicación *-inter alia-* de “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (concepto que hoy debe leerse a la luz del postulado de igualdad soberana de los Estados), y que *-en definitiva-* son los aceptados *in foro domestico* por los diferentes sistemas jurídicos internos<sup>8</sup>.

Como se sabe, los principios estructurales y los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento internacional hacen parte del núcleo indiscutido del *ius cogens*, es decir, de las normas imperativas, generando obligaciones *erga omnes* y los correspondientes derechos *erga omnes* para asegurar su respeto<sup>9</sup>.

Si bien en un principio el *ius cogens* estuvo asociado al derecho de los tratados, con el correr del tiempo fue expandiendo su radio de cobertura para alcanzar al derecho internacional general y abarcar todos los actos jurídicos, manifestándose en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados e incidiendo en los propios fundamentos del orden jurídico internacional<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Ver Alejandro J. RODRÍGUEZ CARRIÓN: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., 2ª reimpres., Tecnos, Madrid, 2009, pp. 154-155.

<sup>9</sup> Cfr. *mutatis mutandi*, Julio GONZÁLEZ CAMPOS, Luis SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: *Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª ed. revis., Thomson - Civitas, Navarra, 2008, pp. 148-151.

<sup>10</sup> *Vid.* Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-18/03, «Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados», solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 17 de septiembre de 2003, Serie A, n.º 18, párrs. 98 y 99.

Específicamente en lo que atañe al plano tutelar de los derechos humanos en el área interamericana, la Corte IDH ha contribuido al proceso de evolución del contenido material del *ius cogens*. La aserción puede corroborarse por ejemplo cuando argumenta que aquél cobija al principio de *igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación*; a la *proscripción de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes*; y al *derecho de acceso a la justicia* en los ámbitos nacional e internacional.

En definitiva, los principios de *ius cogens* son postulados aceptados por las naciones en el ámbito interno. Consiguientemente, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir tales pautas y las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquéllas, ya que los principios reconocidos por las “naciones civilizadas” son obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*.

Todo ello explica por qué debe dirigirse la mirada hacia la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, que se mueve al compás de una lógica compleja y que en no pocas ocasiones origina una urdimbre de relaciones tensionales.

### III. Acerca del control de convencionalidad

#### 1. *Ámbito de análisis*

Previamente, corresponde enunciar ciertos elementos jurídica y axiológicamente significativos para contextualizar el tema específico del control de convencionalidad, que se muestran asociados a los factores relevados en el apartado anterior.

Aludimos al notable nivel de desarrollo que ha adquirido el derecho internacional de los derechos humanos, la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho local y la valía que cobran los informes, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (principalmente de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos), a cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la Comisión IDH) y jurisprudencia



dencia (en el de la Corte IDH) *deben adaptarse las soluciones jurisdiccionales (y de las autoridades administrativas) dispensadas en los escenarios judiciales locales.*

Es claro que para justificar el incumplimiento de las obligaciones surgentes de los instrumentos internacionales que los Estados suscriban o las sentencias de condena de la Corte IDH, no valen excusas cimentadas en el vacío argumento de la *soberanía estatal absoluta*. Es que, además de que dicho concepto ha quedado superado desde hace mucho tiempo (e incluso el propio Bodino<sup>11</sup> reconocía como límites al “derecho de gentes”), basta recordar a los Estados renuentes que es precisamente por conducto de un acto de *soberanía* que han firmado, aprobado y ratificado o adherido (según corresponda) a los instrumentos internacionales y aceptado la jurisdicción contenciosa de aquel Tribunal Interamericano. Huelga afirmar que la doctrina de los propios actos o *estoppel* (además de los principios fundamentales surgentes de los arts. 26, 27 y 31.1 de la

---

<sup>11</sup> El citado teórico francés reconoció expresamente que el *poder soberano está vinculado por el derecho divino, natural y de gentes*; y nunca pretendió que el Estado sea el ordenamiento jurídico supremo, limitándose sólo a sostener que constituye la *potestas* suprema, es decir, la instancia temporal suprema con relación a sus súbditos y ciudadanos.

Al respecto, CARPIZO expresa que la primera sistematización del concepto de soberanía se encuentra en *Los seis libros de la República*, de Juan BODINO, quien estudió una realidad nueva y trató de definirla, concibiendo a la soberanía como un poder absoluto y perpetuo. Sin embargo, CARPIZO advierte que BODINO tuvo en claro que «el príncipe tenía que respetar las leyes comunes a todos los pueblos, es decir, que tenía que respetar el Derecho internacional (inter-gentes)» (Jorge CARPIZO: «La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional», *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Nueva Época, n.º 28, julio-agosto de 1982, Madrid, pp. 196-198).

Por su parte, FLORES OLEA ha indicado que «la expresión *legibus solutus* no significa arbitrariedad del soberano, porque *los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios, de la naturaleza y al Derecho de Gentes*. BODINO distingue, nítidamente, entre *Derecho y Ley*, entre *principio y precepto*, y el soberano, a quien le compete *dar las leyes a los hombres*, no está sujeto, precisamente, a la Ley, aunque *sí al Derecho divino, natural y de gentes*» –cursivas del original– (Víctor FLORES OLEA: *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México [en adelante, UNAM], México D.F., 1969, pp. 64-65; aludido por Jorge CARPIZO, *op. cit.*, p. 197 y nota 4 a pie de página).

citada CVDT) se encargaría de desvirtuar radicalmente semejante intento argumentativo<sup>12</sup>.

En resumen, la importancia de las líneas interpretativas marcadas por la Corte IDH excede los perfiles meramente especulativos o académicos, y se vincula con cuestiones concretas y exigencias prácticas que - como adelantábamos- impone el Estado Constitucional en el marco del aseguramiento de la cobertura tuitiva integral del ser humano.

## 2. *Aproximación conceptual*

Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que éste transita por dos vertientes, según veremos a continuación.

### *a. Ámbito internacional*

Una de las modalidades se desarrolla en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como “control de convencionalidad”.

Tal tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia -v.gr.- la reforma o la abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la

---

<sup>12</sup> Ver para ampliar el libro de Víctor BAZÁN: *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Porrúa, México D.F., 2003, *passim*.

CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad (asunto que retomaremos).

*b. Contexto interno*

La restante tipología se despliega en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos.

En resumen, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus iuris*<sup>13</sup> capital en materia de derechos humanos acerca del cual aquél ejerce competencia material.

Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que en principio y siempre que sea adecuadamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y en no pocas ocasiones genera inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige implícitamente que los operadores jurídicos *conozcan* el citado bloque de derechos humanos y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH y paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios de *chauvinismo normativo* a la hora de concretarlo.

---

<sup>13</sup> Se ha señalado que la expresión «*corpus juris* de los derechos humanos» es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional (ver Daniel O'DONNELL: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 57).

### 3. *La visión de la doctrina de la Corte IDH en torno al control de convencionalidad*

Realizadas las precedentes referencias descriptivas, recrearemos -por supuesto, no taxativamente- la secuencia que el uso *expressis verbis* de la locución “control de convencionalidad” ha tenido en el seno de la Corte Interamericana y de la magnitud preceptiva que paulatinamente se ha ido asignando a tal modalidad fiscalizatoria.

Todo indica que fue el hoy ex Presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*<sup>14</sup>, quien en el marco de ese Tribunal supraestatal utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte.

Aunque es preciso consignar que el citado ex magistrado centraliza el contenido semántico de aquella locución en el ámbito de despliegue funcional de la Corte IDH, a la que concibe -*mutatis mutandi*- como una suerte de tribunal constitucional (o convencional) supranacional.

Retomando el hilo secuencial de las referencias que el nombrado jurista realiza al “control de convencionalidad”, ya con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el *Caso Tibi vs. Ecuador*<sup>15</sup>, explicó que el Tribunal Interamericano *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos*, pretendiendo “conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía” (párr. 3).

En un voto razonado elaborado en el *Caso López Álvarez vs. Honduras*<sup>16</sup>, y al analizar la duración razonable del proceso penal, García

---

<sup>14</sup> Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, n.º 101, párr. 27.

<sup>15</sup> Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, n.º 114.

<sup>16</sup> Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, n.º 141.

Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención -es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”-, debe explorar las circunstancias *de iure* y *de facto* del caso (párr. 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*<sup>17</sup> (resuelto el mismo día que el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, del que nos ocuparemos *infra*), el varias veces citado ex magistrado del Tribunal Interamericano precisó que éste “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana” (párr. 6), pudiendo sólo “confrontar los hechos internos -leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo- con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párr. 7).

Vale recordar que la Corte IDH, ya utilizando plenariamente la expresión “control de convencionalidad”, ha transmitido una señal a los magistrados internos de los Estados Partes de la CADH, en lo tocante a la faceta del examen de convencionalidad practicable en sede interna.

Se trata del anunciado *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en el que se ha pronunciado en los siguientes términos: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta*

---

<sup>17</sup> Corte IDH, *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, n.º 155.

*tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”<sup>18</sup> (remarcado añadido).

Dicho Tribunal ha ido más allá, determinando que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, puso de manifiesto que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”<sup>19</sup>; tópico que retomaremos.

Asimismo, si confrontamos los fallos pronunciados en los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* y *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, se hace notorio el mayor nivel de determinación jurídica en torno a la naturaleza y la preceptividad del control de convencionalidad que se opera en este último respecto de lo verbalizado en el primero de los decisorios nombrados.

En efecto, mientras que en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* la Corte expresó un tanto genéricamente que el Poder Judicial debe ejercer una *especie de ‘control de convencionalidad’*, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* puntualizó que los órganos del Poder Judicial deben realizar *no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’*. En síntesis, ya no se refirió laxamente a una “*especie de control de convencionalidad*”, sino que aludió expresamente a la obligación judicial de llevar adelante, además del contralor de constitucionalidad, *un control de convencionalidad*.

---

<sup>18</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, n.º 154, párr. 124.

También lo ha expresado, v.gr., en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, n.º 162, párr. 173.

<sup>19</sup> Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. en nota 3, párr. 128.

Y si a ello le adicionamos que, como quedó anunciado (y luego ampliaremos), en el mismo caso determinó que los magistrados deben efectivizar el control de convencionalidad incluso *de oficio* (por supuesto, también a pedido de parte), *es indudable que la Corte IDH ha apostado por reforzar la carga imperativa de tal fiscalización de convencionalidad.*

#### 4. *Objetivo genérico*

##### *a. Prolegómeno*

En la dinámica interactiva de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se vincula con el establecimiento por ésta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquéllos para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que éste incurra en responsabilidad internacional, además de concurrir razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

Puede resultar ilustrativo traer aquí la justificación que de ello proporciona García Ramírez (en su voto razonado en el mencionado *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*), para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH, “no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional -lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos-, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares”<sup>20</sup>.

Añadió que “[I]a única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’, éste sea recogido

---

<sup>20</sup> Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, cit. en nota 3, voto razonado del juez García Ramírez, párr. 8.

por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida -insisto- merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales<sup>21</sup>.

*b. Dinámica jurisprudencial de la Corte IDH en el particular*

En definitiva, como vimos *supra* y con mayor o menor dosis de contundencia léxica, en los citados casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* y *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, la Corte IDH impuso a los poderes judiciales de los Estados la obligación de concretar el *control de convencionalidad* de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos *vis-à-vis* la CADH, tomando en consideración al efecto no sólo la literalidad de dicho pacto sino la lectura que del mismo ha realizado el Tribunal Interamericano que, como se sabe, es el intérprete último de aquél.

Sólo por traer a colación un pionero ejemplo de recepción del control de convencionalidad en las jurisdicciones constitucionales nacionales, en *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad*<sup>22</sup>, de 13 de julio de 2007, la Corte Suprema de Justicia argentina (en adelante, también CSJN) -por mayoría<sup>23</sup>- aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (ver, por ejemplo, el consid. 31 de la moción mayoritaria).

Para conformar tal matriz argumental receiptó expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el párr. 124 de la sentencia recaída en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, siendo al efecto particular-

---

<sup>21</sup> Ídem.

<sup>22</sup> *Fallos*, 330:3248.

<sup>23</sup> Los alineamientos fueron: por la mayoría, los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la doctora Argibay.



mente relevante el consid. 21 de la posición triunfante de nuestro máximo tribunal en punto al deber del poder judicial local de realizar el *control de convencionalidad*, lo que -añadimos por nuestra parte- significa discernir si una norma interna “*es o no convencional*”.

Como el Tribunal Interamericano dejó en claro en el *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, ello significa que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es “convencional”, o sea, debe además el órgano jurisdiccional en cuestión decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH<sup>24</sup>.

Debe además puntualizarse que en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. En tal sentido, precisó que: “*Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*” -cursivas añadidas- (párr. 225)<sup>25</sup>.

Respecto del panorama someramente descripto es útil traer a colación otro ingrediente de importancia sustancial. En efecto, por medio de la sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad y entronizado la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Sostuvo en esa ocasión que “... particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘suscepti-

---

<sup>24</sup> Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, n.º 169, párr. 78.

<sup>25</sup> Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, n.º 220.

ble de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, *en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad' (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*" -remarcado agregado- (párr. 239)<sup>26</sup>.

En breves palabras, la Corte IDH ha involucrado *expressis verbis* en la obligación de realizar control de convencionalidad a *cualquier autoridad pública*, lo que representa un mandato con un tenor tal de generalidad que, de no ser debidamente delimitado por aquélla en futuros pronunciamientos, es posible intuir que traerá aparejadas diversas dificultades operativas en el plano interno.

A su tiempo, en un nuevo movimiento en la dirección indicada, el Tribunal Interamericano expresó en el *Caso López Mendoza vs. Venezuela*<sup>27</sup> y el *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*<sup>28</sup> que, *con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia.*

Para cerrar este segmento, y procurar compendiar la secuencia creciente de *destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno y del crecimiento del alcance material de tal test de compatibilidad convencional*, se observa que pueden identificarse hasta el momento los siguientes eslabones:

- i) Poder Judicial (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile).**
- ii) Órganos del Poder Judicial (Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú).**
- iii) Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México).**

---

<sup>26</sup> Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, n.º 221.

<sup>27</sup> Corte IDH, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, n.º 233, párr. 228.

<sup>28</sup> Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, n.º 239, párr. 284.

- iv) *Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial (Caso Gelman vs. Uruguay).*
- v) *Adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH (Caso López Mendoza vs. Venezuela y Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile).*

### 5. ¿Cuál es el parámetro del control de convencionalidad?

Nos aventuramos a plantear que el material de cotejo para desarrollar el contralor de convencionalidad no se agota en el Pacto de San José de Costa Rica, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en materia de protección de los derechos humanos, y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH.

En otras palabras, alcanza a los documentos internacionales respecto de los cuales este último Tribunal ejerce competencia material.

En torno al tema, en su voto razonado emitido en el varias veces nombrado *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, el entonces magistrado García Ramírez puntualizó que al referirse al control de convencionalidad si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y la aplicación de la CADH, tal función se despliega “en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera” (párr. 2).

En tal sentido, en la Opinión Consultiva O.C.-16/99<sup>29</sup>, específicamente en el párr. 115, el Tribunal Interamericano sostuvo: “El *corpus*

---

<sup>29</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-16/99, «El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal», solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, Serie A, n.º 16.

*juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones...”.

Para cerrar esta esquemática reseña, se aprecia en línea convergente que en la Opinión Consultiva O.C.-17/2002<sup>30</sup>, el Tribunal Interamericano manifestó que “los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el ‘*corpus iuris*’ de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática...” -énfasis agregado- (párr. 92); más allá de lo referido en los párrs. 26 y 27.

Ciertamente, resultan muy significativas las apreciaciones vertidas por el ex juez Cançado Trindade en su voto concurrente a la citada O.C.-17/2002, por ejemplo, en los párrs. 18, 31 y 50; además de los párrs. 37, 53 y 54, estos tres últimos específicamente sobre “el *corpus juris* de los derechos del niño”.

## 6. Radio de cobertura

Comenzamos esta breve aproximación con un interrogante: las Constituciones Nacionales, ¿pueden ser susceptibles de control de convencionalidad?

La respuesta afirmativa se impone, aunque debe admitirse que la cuestión no está exenta de dificultades operativas en su aplicación práctica.

---

<sup>30</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-17/02, «Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño», solicitada por la Comisión IDH, 28 de agosto de 2002, Serie A, n.º 17.

Necesariamente debemos acudir -una vez más- al art. 27 de la CVDT, que proscribe al Estado alegar su *derecho interno* para dejar de cumplir una obligación de carácter internacional. Y en tal expresión “derecho interno” naturalmente queda comprendida la Constitución Política del Estado.

En ese sentido, la Corte IDH en su Opinión Consultiva O.C.-4/84 de 11 de enero de 1984<sup>31</sup>, consideró que el término “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, “es para toda la legislación nacional y para todas las *normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales*” -énfasis agregado- (párr. 14).

En el marco de este sintético acercamiento al punto, puede apreciarse que, de hecho, la Corte IDH ha ejercido en más de una ocasión control de convencionalidad sobre reglas constitucionales consideradas contrarias a la CADH. Baste como ejemplo traer a colación aquí el fallo pronunciado en el *Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile*<sup>32</sup>, donde decidió que el Estado debía “*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa...*” (pto. resolutivo 4). Concluyó que aquél había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el art. 19, núm. 12, de la Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párr. 72), violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la CADH (párr. 73).

Ya desde el perfil del control de convencionalidad de disposiciones constitucionales operable *ad intra*, habrá que analizar en el contexto del Estado en cuestión quién/es recepta/n la competencia para desplegarlo y, en su caso, qué efectos tendría semejante declaración de inconvencionalidad; asuntos, todos, no precisamente sencillos ni de importancia menor.

---

<sup>31</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-4/84, «Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización», solicitada por Costa Rica, 19 de enero de 1984, Serie A, n.º 4.

<sup>32</sup> Corte IDH, *Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001, Serie C, n.º 73.

Sea como fuera, en el varias veces citado *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, la Corte IDH parece clarificar la incógnita -al menos en abstracto- al enfatizar en el también nombrado párr. 128 que "...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana,...".

Hemos remarcado *ex professo* la expresión "*normas internas*", por cuanto ello permite interpretar que el material de derecho interno que se somete a fiscalización de compatibilidad convencional *vis-à-vis* la CADH (*inter alia*) envuelve a las *disposiciones constitucionales* que indudablemente quedan inmersas en aquel enunciado genérico.

Por lo demás, en el nombrado párrafo 128 de la sentencia, la Corte IDH no ha excluido *expressis verbis* del análisis exigido a la categoría de normas constitucionales, lo que añade algún peso adicional al intento propositivo que formulamos.

### 7. Sobre el control de convencionalidad de oficio

La aplicación oficiosa de tal modalidad de contralor, que supone una manifestación de la observancia por los jueces locales de la jurisprudencia internacional, puede *inter alia* explicarse -empleando *mutatis mutandi* las palabras de Jimena Quesada- "por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la 'piedra de toque' del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal"<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> LUIS JIMENA QUESADA: «La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional», en Miguel REVENGA SÁNCHEZ (coord.): *El Poder Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542.

La propia Corte IDH ha abierto el espacio para una interpretación extensiva en tal sentido, pues -basándose en el citado principio *iura novit curia*-, al desarrollar su tarea jurisdiccional en casos contenciosos no se ha autolimitado a las alegaciones que expresamente hubieran realizado la Comisión IDH en el escrito de demanda<sup>34</sup> o la víctima y/o sus representantes en las presentaciones que articulan. Por el contrario, ha reivindicado con firmeza su competencia, a la luz de la CADH y sobre la plataforma del mencionado principio (el que, según afirma, se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional) “para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella...”<sup>35</sup>.

---

Para su afirmación, aquel autor busca apoyo en Benedetto CONFORTI (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: «Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *iura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces» («La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional», cit., pp. 542-543 y nota 96 a pie de página).

<sup>34</sup> Ello por supuesto responde al esquema anterior a las modificaciones reglamentarias en la Comisión y la Corte IDH operadas en 2009. En el caso de la Comisión, la innovación fue aprobada durante su 137° Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009 (luego retocado el 2 de septiembre de 2011). Respecto de la Corte IDH, la enmienda en cuestión se produjo durante su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, desarrollado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

En el escenario actual se aprecia una mutación del rol de la Comisión en el ámbito del desenvolvimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte. En función de ello, ha desaparecido la calificación que antes se adjudicaba a aquella como «parte procesal».

Se explica entonces que en los términos del art. 35 del Reglamento de la Corte IDH *la Comisión no inicie el procedimiento con la presentación de una demanda, sino con la remisión de su informe de fondo, emitido conforme al art. 50 de la CADH, presentando además los fundamentos que la llevaron a someter el caso al Tribunal.*

<sup>35</sup> Cfr., entre numerosos precedentes, Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de Fondo, 20 de enero de 1989, Serie C, n.º 5, párr. 172; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, n.º 140, párr. 54; *Caso Comunidad Indígena*

Siendo así, y si los jueces nacionales tienen el *deber* de realizar el control de convencionalidad al aplicar la normativa interna a los casos concretos que resuelvan, pocas alternativas quedan para obturar discursivamente la posibilidad de que aquéllos lo hagan *ex officio*, esto es, aun cuando las partes no lo hubiesen planteado.

La declaración de anticonvencionalidad *es una cuestión de derecho y no de hecho*, por lo que su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al *derecho aplicable* para dirimir la contienda.

Tampoco implica que el juez falle *extra petita* ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la *litis*, sólo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la CADH (que, cuando menos, debería ostentar cotización constitucional), tarea en la que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes<sup>36</sup>.

Al solo efecto ilustrativo, se aprecia que la Corte Suprema de Justicia argentina *in re Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación*<sup>37</sup>, de 31 de agosto de 2010, se apoyó en la doctrina de la Corte IDH en el nombrado *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, recordando que dicho Tribunal Interamericano “ha subrayado que *los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” -remarcado agregado- (consid. 10).

---

*Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, n.º 146, párr. 186; y *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, n.º 177, párr. 61.

<sup>36</sup> Para redactar este párrafo, tomamos en parte y *mutatis mutandi*, lo expresado respecto del control de constitucionalidad de oficio por Germán J. BIDART CAMPOS, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 155.

<sup>37</sup> *Fallos*, 333:1657. Votaron de modo coincidente los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.



Ello marca de manera ostensible la expresa recepción del control de convencionalidad de oficio por parte del máximo tribunal argentino; al tiempo que se hace perceptible el mensaje que éste transmite a los órganos judiciares inferiores (y, agregamos por nuestra parte, al resto de las autoridades públicas) para que se conduzcan en sentido convergente.

#### **IV. El control de convencionalidad en la visión de ciertos órganos máximos de justicia constitucional de Latinoamérica**

Despojados naturalmente de cualquier inalcanzable propósito de exhaustividad, recorreremos la praxis de algunos tribunales de clausura de la justicia constitucional en Latinoamérica para observar el grado de desarrollo que exhiben en cuanto a la recepción del constructo “control de convencionalidad”, las fórmulas que utilizan al respecto y el impacto que éste ha ocasionado en los ordenamientos internos.

En esa línea, y más allá de reiterar condensadamente el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia argentina, nos detendremos en los casos de la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de México.

##### *1. Corte Suprema de Justicia argentina*

Para ponderar el tenor de permeabilidad del máximo tribunal nacional acerca del control de convencionalidad diseñado por la Corte IDH, acabamos de anticipar el temperamento adoptado en *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad*, de 13 de julio de 2007, y *Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación*, de 31 de agosto de 2010.

Ese tándem de sentencias testimonia cómo la Corte ha sido pionera en Latinoamérica al acoger explícitamente, ya desde 2007, el deber paulatinamente cimentado por la Corte IDH (preponderantemente a partir de 2006) en torno al control de convencionalidad.

Así, en *Mazzeo* denota el acatamiento de los primeros rasgos bosquejados por el Tribunal Interamericano en la materia; mientras que en

*Videla* patentiza la absorción e internalización de instrucciones más definidas y demandantes de aquél, como la referida al ejercicio incluso *ex officio* de tal fiscalización convencional.

## 2. Corte Constitucional de Colombia

### a. La Sentencia C-442/2011 y otros precedentes a los que remite

Nos concentraremos en un relativamente reciente pronunciamiento, sin perjuicio de efectuar alusiones a otros decisorios de importancia en cuanto a la magnitud que la Corte Constitucional (C.C.) asigna a los fallos de la Corte IDH.

En la Sentencia C-442<sup>38</sup> de 25 de mayo de 2011, la Sala Plena de la C.C. aludió expresamente al “control de convencionalidad”.

En el caso, se había planteado una acción pública (art. 241 de la Constitución Política) denunciando en definitiva la inconstitucionalidad de los arts. 220 a 228 (tipificación penal de los delitos de injurias y de calumnias) de la ley n.º 599 de 2000 -por la cual se expide el Código Penal-, por vulnerar los artículos 20, 29 y 93 constitucionales y los arts. 9 y 13 de la CADH.

Para conformar su argumentación, la C.C. evocó su posición -forjada en decisiones anteriores- en torno a que la jurisprudencia de la Corte IDH “es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad” (cfr. ap. II. “Consideraciones”, pto. 7. “El precedente sentado en el Caso *Kimel vs. Argentina*”<sup>39</sup>). En esa línea, y en idéntico subapartado II.7., apuntó que “la jurisprudencia de

---

<sup>38</sup> Su texto puede verse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-442-11.htm>. Fue Magistrado Ponente (M.P.) el Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>39</sup> Caso identificado en nota 35, *in fine*.

la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad<sup>40</sup> -énfasis del original-.

Convergentemente, ya en la Sentencia C-228 de 3 de abril de 2002<sup>41</sup>, la Sala Plena de la C.C. había destacado la importancia de valorar la doctrina sentada por la Corte IDH, en punto a que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la CADH, para efectos de estudiar la constitucionalidad del art. 137 de la ley n.º 600 de 2000<sup>42</sup>, demandado en aquella ocasión (id. subap.).

Asimismo, en la Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006<sup>43</sup>, al analizar distintas disposiciones de la ley n.º 975 de 2005<sup>44</sup> relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Sala Plena de la C.C. reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, "... por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos,..." (id. subap.).

En la nota n.º 54 de la Sentencia C-442/11, localizada al finalizar el párrafo que acabamos de transcribir parcialmente, la C.C. señaló que en definitiva la línea argumentativa adoptada "resulta concordante con la postura de la Corte IDH, la cual en distintas sentencias ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como interpretación auténtica de la CADH"; lo que el Tribunal Interamericano ha realizado en el *Caso*

---

<sup>40</sup> En este punto la C.C. cita las Sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010 (ver nota n.º 53 del fallo analizado).

<sup>41</sup> Fueron sus Magistrados Ponentes (MM.PP.) los Dres. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>42</sup> Ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

<sup>43</sup> Actuaron como MM.PP. los Dres. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Treviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>44</sup> Ley por cuyo intermedio «se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios». Es comúnmente conocida como «Ley de Justicia y Paz».

*Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (párr. 124) y en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (párr. 128).

Ya refiriéndose al *Caso Kimel vs. Argentina*<sup>45</sup> de la Corte IDH, la C.C. indicó que, “aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un *control de convencionalidad* que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales,…” -remarcado agregado- (id. subap.).

En definitiva, y con salvamento de voto del entonces Presidente de la Corporación, Dr. Juan Carlos Henao Pérez, y de la magistrada María Victoria Calle Correa, la C.C. declaró exequibles los citados arts. 220 a 228 de la nombrada ley n.º 599 de 2000.

#### *b. Recapitulación*

Más allá de la decisión puntual adoptada por la C.C. en la sentencia centralmente enfocada, consideramos que la misma exhibe algunos perfiles dignos de destacar:

- i)* pone de resalto su visión y convicción en cuanto a que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la CADH, y en punto a que dicha jurisprudencia ostenta “carácter vinculante”.
- ii)* utiliza explícitamente la expresión “control de convencionalidad”.
- iii)* cita, bien que en nota, los fallos de la Corte IDH recaídos en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (párr. 124) y en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (párr. 128), lo que -luego de anudar tal referencia a los otros puntos aquí colacionados- permite inferir que acepta las emanaciones de

---

<sup>45</sup> Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, cit. en nota 35, *in fine*.

vinculatoriedad y pertinencia del ejercicio de semejante modalidad de fiscalización convencional, incluso *ex officio*.

### 3. Suprema Corte de Justicia de México

#### a. *El Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos y su impacto “sísmico” en la Suprema Corte*

Básicamente a partir del *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*<sup>46</sup>, el asunto del control de convencionalidad ha convulsionado a la Suprema Corte de Justicia de México (SCJM), desencadenando fuertes movimientos y debates internos en orden a encauzar la búsqueda de los medios adecuados e idóneos para dar cumplimiento al aludido pronunciamiento internacional.

Completan el cuarteto de sentencias del período 2009/2010 de la Corte IDH referidas a la obligatoriedad del contralor de convencionalidad, las condenas contra México pronunciadas en el *Caso Fernández Ortega y otros*<sup>47</sup>, el *Caso Rosendo Cantú y otra*<sup>48</sup> y el nombrado *Caso Cabrera García y Montiel Flores*<sup>49</sup>.

Retomando el tema del *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* y sus implicancias, durante 2010 el entonces Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, presentó una consulta a trámite para determinar cuáles eran las obligaciones para el Poder Judicial de la Federación derivadas de aquella sentencia de condena de la Corte IDH, cuyo proyecto fue confeccionado por

---

<sup>46</sup> Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C, n.º 209.

<sup>47</sup> Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C, n.º 215.

<sup>48</sup> Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010, Serie C, n.º 216.

<sup>49</sup> *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cit. en nota 25.

el Ministro José Ramón Cossío Díaz, aunque luego del debate (llevado a cabo los días 31 de agosto y 2, 6 y 7 de septiembre de aquel año) fue rechazado por exceder los términos de la consulta planteada.

Dicha desestimación generó el Expte. “Varios” 489/2010, del que fue ponente la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, cuyo proyecto fue debatido en el Tribunal Pleno en diversas sesiones de julio de 2011 y resuelto el 14 de julio de dicho año. Vale recordar que el encargado del “engrose” de la decisión fue el Ministro José Ramón Cossío Díaz.

En apretada e incompleta síntesis, entre otras, en el Expte. “Varios” 912/2010 dentro del Expte. “Varios” 489/2010, se fijaron las siguientes pautas:

- i)* las sentencias condenatorias de la Corte IDH en las que el Estado mexicano sea parte, son obligatorias *en sus términos* para el Poder Judicial de la Federación.
- ii)* los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- iii)* existe un modelo de control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto, y en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.
- iv)* todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

Debe además advertirse que se procedió a una reinterpretación del art. 133 de la Constitución Política<sup>50</sup> a la luz del vigente art. 1, *ibid.*, esto

---

<sup>50</sup> Dicho art. 133 de la Constitución mexicana está inspirado en el art. VI de la Constitución de EE.UU., tal como sucede con el art. 31 de la Ley Fundamental argentina.

es, conforme la versión reformada publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011<sup>51</sup>.

Asimismo, la SCJM ha determinado que el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no puede entenderse un control como el que se ordena en aquella sentencia si no se parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los arts. 1 y 133 de la Constitución Federal y que es parte de la esencia de la función judicial.

A ese fin se estableció que tal tipo de interpretación de parte de los jueces supone cumplir los siguientes pasos:

- i) Interpretación conforme en sentido amplio*, que significa que se debe interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- ii) Interpretación conforme en sentido estricto*, para casos en los que existen varias interpretaciones jurídicamente válidas de un determinado precepto, supuesto en el que los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde con los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.
- iii) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.*

*b. Control “difuso” de convencionalidad y otras innovaciones sustanciales en el sistema jurídico mexicano*

La cuestión suscitada como consecuencia de la búsqueda de bases firmes y sustentables para encaminar el cumplimiento de las imposiciones

---

<sup>51</sup> Una somera referencia a tan relevante reforma constitucional puede verse en Víctor BAZÁN: «Estado Constitucional y derechos humanos en Latinoamérica: algunos problemas y desafíos», en Juan Manuel LÓPEZ ULLA (dir.): *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2011, en esp. pp. 95-96.

establecidas en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* en particular (aunque en realidad con valencia que desborda los específicos contornos del mismo), es una de las más trascendentes y complejas en la historia jurisdiccional e institucional reciente de la SCJM.

Entre otros asuntos, ha traído consigo replanteos y modificaciones de gran calado que han llevado a *aggiornar* el sistema de control de constitucionalidad y, por supuesto, el de convencionalidad, para liberar la marcha hacia una modalidad difusa<sup>52</sup>. Todo ello, en un contexto impactado por la reciente modificación constitucional (arriba citada) que ha instilado una clara impronta, originando *-inter alia-* la mutación del paradigma de los derechos humanos y un demandante y reciclado paisaje jurídico para los jueces y magistrados mexicanos y el resto de los operadores del sistema jurisdiccional.

## V. La necesidad de afianzar un diálogo interjurisdiccional crítico<sup>53</sup>

### 1. Algunos casos testigo

Previo a incursionar específicamente en el tema que se anuncia en el epígrafe de este ap. V, es preciso reseñar ciertos casos jurisprudenciales que nos brindarán algún soporte para desarrollar argumentalmente lo que acerca de aquel tópico sostendremos *infra* (subap. 2).

---

<sup>52</sup> En particular sobre el tema del «control difuso de convencionalidad», sugerimos revisar el voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pronunciado en el multicitado *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (ver nota 25).

<sup>53</sup> Entre otros trabajos de Víctor BAZÁN sobre el tópico, ver por ejemplo: «Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18, 2º Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63-104.



a. *En Argentina*

Nos referiremos a una interesante causa resuelta por la CSJN argentina: *Espósito, Miguel Ángel*<sup>54</sup>, de 23 de diciembre de 2004.

En tal sentencia, al menos por parte de varios de sus componentes, exteriorizó un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos de la Corte IDH, al admitir mayoritariamente<sup>55</sup> el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por aquel Tribunal Interamericano, cuyas decisiones -sostuvo la CSJN- resultan de “cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional (consid. 6° de la mayoría).

Previamente, había puntualizado que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de septiembre de 2003 en el *Caso Bulacio vs. Argentina*<sup>56</sup>, en el que se declarara la responsabilidad internacional del país -entre otros puntos- por la deficiente tramitación del expediente en cuestión (consid. 5° del voto triunfante).

Acotó que, “en consecuencia, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. *Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado*”, por lo que correspondía declarar inaplicables al caso las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en una causa que, en principio, no podría considerarse alcanzada por las reglas de derecho in-

---

<sup>54</sup> *Fallos*, 327:5668.

<sup>55</sup> Formaron la mayoría los doctores Petracchi y Zaffaroni; por su voto, lo hicieron los doctores Belluscio y Maqueda (conjuntamente), y Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual.

<sup>56</sup> Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, n.º 100.

ternacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad: Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad<sup>57</sup> -énfasis añadido- (consid. 10 de la mayoría).

En síntesis, la CSJN no se privó de exteriorizar su discrepancia respecto de algunas de las cuestiones resueltas por la Corte IDH, ni de puntualizar que “se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos

---

<sup>57</sup> Vale recordar aquí que, por imperio de la innovación constitucional argentina de 1994, el art. 75, inc. 22, 2º párr., de la Constitución atribuye jerarquía constitucional *originaria* (es decir, discernida directamente por la propia Convención Constituyente reformadora) a los 11 instrumentos internacionales que se enumerarán en el párrafo siguiente de esta nota. Tal jerarquización constitucional se hizo en las condiciones de vigencia de dichos instrumentos internacionales, además de advertirse que éstos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución (es decir, la fracción dogmática) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Los documentos internacionales beneficiarios de jerarquía constitucional originaria son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ya en el párr. 3º del mismo inciso del art. 75 se ha estatuido el procedimiento para que el Congreso de la Nación adjudique tal valencia a otros tratados y convenciones sobre derechos humanos (naturalmente, luego de aprobarlos) más allá de los que la Ley Fundamental nominó primigeniamente.

Sobre la base de tal atribución congresal se ha deparado cotización constitucional *ex post* (o derivada) a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por conducto de la ley n.º 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por medio de la ley n.º 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003; instrumentos internacionales –ambos– referidos en la sentencia de la CSJ que glosamos en el texto.

de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. *Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional*” -bastardillas nuestras- (consid. 16 de la mayoría).

### *b. En Colombia*

Una mirada interesante en el escenario jurídico colombiano viene proporcionada por Góngora Mera, para quien en la actualidad, “el ejemplo más notable de fijación dialógica de estándares judiciales en materia de derechos humanos como un proceso conjunto” entre la Corte Constitucional (C.C.) y la Corte IDH se aprecia en la reciente evolución jurisprudencial en torno a “derechos de las víctimas de conflicto armado interno, en el marco del proceso de desmovilización de grupos paramilitares”<sup>58</sup>.

En su recorrido argumental toma como puntos de partida la Sentencia de la C.C. C-228 de 2002 como “sentencia de relevancia”<sup>59</sup> (o sea - en la visión del autor citado-, aquella por medio de la cual “se reconoce el valor normativo de un estándar judicial interamericano en un asunto constitucional concreto”<sup>60</sup>), y el *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*<sup>61</sup>, como

---

<sup>58</sup> Manuel E. GÓNGORA MERA: «Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas», en Armin VON BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.): *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?*, T° II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F., 2010, pp. 407-408.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 409.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 408.

<sup>61</sup> Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de julio de 2004, Serie C, n.º 109.

“sentencia de persuasión” por la Corte IDH<sup>62</sup> (conceptuado tal tipo de fallo como aquel en el cual el Tribunal Interamericano “fija su postura y expone sus argumentos sobre un debate colombiano, y de este modo trata de influir tanto a los actores políticos locales” como a la propia C.C.<sup>63</sup>).

Por último, el autor citado identifica tres tipos de convergencia que pueden apreciarse en las jurisprudencia de ambas Cortes: *i*) convergencia descendente (*top-down*), en la que la C.C. ha adoptado estándares interamericanos; *ii*) convergencia ascendente (*bottom-up*), donde la Corte IDH ha adoptado estándares de aquélla; y *iii*) convergencia paralela entre los dos tribunales “por la difusión horizontal de estándares consagrados en *soft law* del sistema universal de derechos humanos”<sup>64</sup>.

## 2. *Diálogo jurisprudencial*

La sentencia sumariamente colacionada en primer término es sólo una muestra de la tendencia que (no exenta de vaivenes<sup>65</sup>) exhibe la CSJN argentina en cuanto a adoptar en sus fallos una interpretación conforme a la CADH y a receptor los pronunciamientos de la Corte IDH y los estándares valorativos que ésta ha venido perfilando en su trayectoria jurisprudencial<sup>66</sup>, aun cuando no se esté de acuerdo con ella y se deje verbalizada tal discrepancia en el decisorio.

---

<sup>62</sup> Cfr. Manuel E. GÓNGORA MERA, *op. cit.*, p. 409.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 408.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 409. Para el desarrollo de tales tipologías convergentes, ver pp. 411 y ss.

<sup>65</sup> *Vid.* sobre el particular Víctor BAZÁN, por ejemplo en: «La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno», *Revista de Derecho Político*, n.º 73, Universidad Nacional de Educación a Distancia, septiembre-diciembre de 2008, Madrid, pp. 315-373.

<sup>66</sup> Entre otros trabajos de Víctor BAZÁN, compulsar: «El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia argentina», *Estudios Constitucionales*, Año 8, n.º 2, 2010, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 359-388.

Juzgamos que dicha tesis resulta laudable y consistente con los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho internacional. En particular, se abastecen las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental del derecho de los tratados), cumplimiento de buena fe (que recorre transversalmente a todo el derecho internacional) e improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones -según nuestro criterio-) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales. Todo ello de acuerdo, en lo respectivamente correspondiente, con los citados arts. 26, 31.1 y 27 de la citada CVDT, conjunto de reglas medulares en materia de observancia de los tratados internacionales<sup>67</sup>.

Sin embargo, en un plano general de discusión, ello no nos impide advertir la conveniencia de que se profundice un *diálogo jurisprudencial* entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquélla tenga presente las observaciones o discordancias que los mismos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal Interamericano para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional.

Naturalmente, todo ello en aras de optimizar el modelo tuitivo de los derechos fundamentales sobre la base de un adecuado funcionamiento

---

<sup>67</sup> Cabe resaltar, en lo tocante al art. 26 de la CVDT, y su reflejo en el art. 31.1, *ibid.*, que al enunciado tradicional en punto a que «los pactos deben ser cumplidos», la disposición añade «de buena fe», que naturalmente es un principio general del derecho.

Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, también jurídico, al haber quedado literalizadas también en el Preámbulo de la misma, que en su párr. 3° reza: «Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos».

A su tiempo, entre los principios de la ONU, la Carta de esta Organización establece en el art. 2.2. lo siguiente: «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*» –énfasis añadido–.

Ver para ampliar Ernesto DE LA GUARDIA: *Derecho de los tratados internacionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, pp. 94-95.

de las piezas que lo componen, precisamente *para hacer más efectiva y eficiente la protección de aquéllos en nuestro espacio regional*.

Es que, como con agudeza se ha afirmado (en referencia específica al citado caso *Espósito* de la CSJN argentina), “el deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones a las líneas jurisprudenciales de los órganos del sistema interamericano, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente, del tipo de *diálogo crítico* que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana [en ‘Espósito’] ... Es indudable que *así como la jurisprudencia constitucional argentina se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también la jurisprudencia interamericana debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema*”<sup>68</sup> -énfasis añadido-.

Y convergentemente con la línea argumental que aquí esbozamos, también se ha llamado la atención sobre el punto, afirmando que “la meta de que la jurisprudencia interamericana sea norma interpretativa de las reglas convencionales requiere adecuaciones de rol por parte de la Corte IDH. Posiblemente tenga que mirar su propio trabajo con mayor modestia, en algunos casos moderar las ambiciones que se reflejan en los remedios que ordena y evitar el autoelogio en el que incurre a menudo. Así como tenemos que aprender a respetar la jurisprudencia interamericana, debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del sistema interamericano de protección de derechos humanos. *La construcción de reglas en una comunidad de principios se logra*

---

<sup>68</sup> VÍCTOR ABRAMOVICH: «Introducción: Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino», en VÍCTOR ABRAMOVICH, ALBERTO BOVINO y CHRISTIAN COURTIS (comps.): *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS - Canadian International Development Agency, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. VI-VII.

*a través de[l] diálogo interjurisdiccional, el intercambio y el aprendizaje recíproco. La capacidad y voluntad de crítica es vital en esta construcción*<sup>69</sup> -remarcado agregado-.

En el fondo, y como se adelantaba, la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales no apunta a generar una relación de jerarquización formalizada entre éstos y aquéllos, sino a trazar una *vinculación de cooperación en la interpretación 'pro persona' de los derechos humanos*. Al respecto, Landa advierte que no puede olvidarse que el art. 29.b de la CADH proscribiera a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte IDH, “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”<sup>70</sup>.

Con algún punto de contacto con la problemática anunciada en el texto, la doctrina del “margen de apreciación nacional”, de extendido uso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y escasa receptividad en la praxis interamericana<sup>71</sup>, responde -en la percepción de García Roca- a “una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente

---

<sup>69</sup> Fernando BASCH: «Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios», borrador del trabajo presentado a las Jornadas «Una Constitución para el Nuevo Siglo», 18 y 19 de mayo de 2010, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (<http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/borrador-basch2.doc>).

<sup>70</sup> César LANDA: «Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional Peruano», en Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela - 2009*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Montevideo, 2010, p. 77.

<sup>71</sup> Fue empleada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva O.C.-4/84, de 19 de enero de 1984, «Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización», solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A, N° 4, por ejemplo en los párrs. 58 y 62.

ante sus electorados. Pero no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona<sup>72</sup>.

Naturalmente, un eventual empleo de semejante “margen de apreciación nacional” habría de ser razonable y sumamente prudente para evitar que se volatilice la esencia de la protección de los derechos humanos.

Como lo pusiera de manifiesto el juez García-Sayán en su voto concurrente en el *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia* de la Corte IDH<sup>73</sup>, “Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de ‘nacionalización’ del derecho internacional de los derechos humanos. Para que *ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita*” -énfasis agregado- (párr. 33).

### 3. Breve mensaje final

Extrapolando *mutatis mutandi* a nuestro contexto de discusión las certeras apreciaciones de Jimena Quesada, el diálogo interjurisdiccional que planteamos constituye un desafío que “se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordena-

---

<sup>72</sup> Javier GARCÍA ROCA: «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», en Víctor BAZÁN (coord.): *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, p. 1517.

<sup>73</sup> Corte IDH, *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 26 de mayo de 2010, Serie C, n.º 213.



miento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad<sup>74</sup>.

Recurriendo a un ejercicio extremo de síntesis, pensamos que la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente como una matriz unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales o cortes supremas, sino también haciendo foco en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional, gracias a las interacciones e influencias recíprocas que se están presentando entre las cortes constitucionales nacionales y la Corte Interamericana, e incluso entre las cortes constitucionales entre sí”<sup>75</sup>.

Entre las distintas variantes taxonómicas de “diálogo”, pueden aquí mencionarse la *vertical*, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema; y la *horizontal*, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de parificación ordinamental<sup>76</sup>.

Desde estas líneas, condensadas al máximo, y antes de dar paso al epílogo, propiciamos una suerte de “fertilización cruzada” (*crossfertilization*<sup>77</sup>) de aquellas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos.

---

<sup>74</sup> Luis JIMENA QUESADA: «El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 15, Primer Semestre 2010, Editores Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2010, pp. 41-74.

<sup>75</sup> Manuel E. GÓNGORA MERA, *op. cit.*, p. 429.

<sup>76</sup> Nos servimos, *mutatis mutandi*, de las reflexiones de DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 10.

<sup>77</sup> Utilizamos tal término a modo ilustrativo y tomándolo de lo explicado por DE VERGOTTINI, Giuseppe, *op. cit.*, p. 20 y notas a pie de página 10, 11 y 12.

## VI. Reflexiones finales y de conjunto

1. La creciente intensidad con que se desenvuelve la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes en aras de solidificar el sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia.

Con ello, el Estado sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión y, lo que es mucho más importante, se prevendrían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales.

2. La Constitución, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas *-inter alia-* en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto traza la Corte IDH, dan forma a un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la protección y la realización de los derechos fundamentales, expresión directa de la dignidad de la persona.*

En esa línea, el incremento de los espacios de conectividad del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, constituye una realidad insoslayable y de gran significación jurídica y axiológica.

3. La interrelación de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de relaciones no siempre lineales ni pacíficas.

Precisamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*. Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que éste transita por dos vertientes:

Una se desarrolla en sede *internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde hace bastante tiempo aunque sólo en época reciente se la ha identificado como “control de convencionalidad”. Consiste básicamente en la obligación del Tribunal de analizar en casos concretos si una práctica o una normativa de derecho interno resultan congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en caso de

ser incompatibles su modificación o abrogación. Paralelamente, tal contralor convencional deviene procedente en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo al art. 2 de la Convención. En resumen, se concreta una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo de este instrumento internacional, o de otros respecto de los cuales la Corte IDH ejerce competencia material.

La restante se desenvuelve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales y otras autoridades públicas (vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en el deber de éstos de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial.

4. Con todo, una de las ideas medulares que pretendemos rescatar a modo recapitulativo es la importancia de que la dimensión objetiva de las sentencias internacionales (en nuestro caso, principalmente de la Corte IDH) tenga eco en los órganos jurisdiccionales nacionales. Dicho de otro modo, que se haga foco en el impacto jurisdiccional que esos fallos proyectan con carácter general en el contexto interno, impregnando toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales<sup>78</sup>.

Aunque en definitiva, como sucede con diversas cuestiones propias del derecho internacional, las posibilidades de éxito de la tesis del “control de convencionalidad” están cifradas en el grado de receptividad de la misma en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados.

El hoy Presidente de la Corte IDH, Diego García-Sayán, en su voto concurrente emitido en el *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, ha precisado que “...los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones conteni-

---

<sup>78</sup> Cfr., *mutatis mutandi*, Luis JIMENA QUESADA: «La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional», cit. en nota 33, pp. 501-502 y nota 13 a pie de página.

*das en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos.* Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos” -subrayado nuestro- (párr. 30)<sup>79</sup>.

5. De la conjugación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH surge que los Estados Partes de la misma se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*.

En tal contexto, la palabra “garantizar” supone el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

6. El citado principio de *adecuación normativa* supone la obligación general de cada Estado Parte de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, en aras de garantizar los derechos en ella reconocidos, lo que significa que las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales (y restantes autoridades públicas) asegurar el cumplimiento de aquel deber por medio del *control de convencionalidad*, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

7. Como insistentemente ha señalado la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos*

---

<sup>79</sup> Corte IDH, *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, cit. en nota 71.

*fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados<sup>80</sup>.

8. No está de más insistir en que varias facetas del derecho internacional de los derechos humanos pertenecen al ámbito del *ius cogens*; que lo ideal es siempre bregar por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos; y que es preciso asimilar - en paráfrasis de Higgins<sup>81</sup> - que el derecho internacional general no son sólo reglas, *sino un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes*, y que los derechos fundamentales constituyen un sistema integrado tendiente a *salvaguardar la dignidad del ser humano*.

9. Uno de los ingredientes que debería estudiarse profundamente para verificar si puede o no aportar a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre el Tribunal Interamericano y las jurisdicciones internas, es el recurso a la doctrina del “margen de apreciación nacional”, de vasto (aunque proteico) empleo por el TEDH, pero con una discreta repercusión en la Corte IDH.

---

<sup>80</sup> Ver, por ejemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-2/82, «El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)», solicitada por la Comisión IDH, 24 de septiembre de 1982, Serie A, n.º 2, párr. 29.

Un análisis de tal opinión consultiva puede verse en Víctor BAZÁN: «La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la O.C.-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Germán BIDART CAMPOS *et al.* (coords.): *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Tº I, Mendoza (Argentina), 2000, pp. 91-165.

<sup>81</sup> Rosalyn HIGGINS: *Problems & Process. International Law And How We Use It*, Oxford University Press, Oxford, 2003, *passim*.

El tema no está exento de dificultades operativas por el riesgo de la generación de inseguridad jurídica que tal doctrina podría traer consigo, además de la necesidad de exigir a su respecto un empleo cauteloso para evitar el peligro de desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de protección real y concreta de éstos.

En ese sentido, dejar librado al *margen de apreciación nacional* conceptos tan complejamente difusos, sobre todo en materia de derechos humanos, como “orden público”, “bien común”, etc.; fundamentalmente en sitios donde los tribunales que deben definirlos se muestren permeables a las presiones del poder político, podría resultar altamente riesgoso.

En suma, lo ideal sería que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión sea un *margen de apreciación y no un margen de arbitrariedad*; esto es, una herramienta para utilizar con máximas prudencia y razonabilidad.

Al respecto, no puede ya discutirse que la pauta de “razonabilidad” ha pasado de ser *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho* -Zagrebelsky<sup>82</sup> *dixit*-.

**10.** En un contexto donde crece la circulación de reglas iusinternacionales y se intensifica la interrelación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por los jueces (y otras autoridades públicas competentes) del control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional.

Sin embargo, tal faena no debe darse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un *diálogo jurisprudencial* entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos.

En otras palabras, debe gestarse a partir de una relación bi o multidireccional en la que se respete el importante emplazamiento institucional de la Corte IDH y la trascendencia de sus estándares, pero

---

<sup>82</sup> GUSTAVO ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 147.

que simultáneamente ésta no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales, políticas, jurídicas y culturales de los Estados que integran el sistema regional.

**11.** La anhelable *sinapsis* entre tales instancias, incluso en una “atmósfera saturada de tensiones cordiales”<sup>83</sup>, se plantea desde la esperanzada convicción de que es necesario y conveniente que convivan en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la sintonía de una hermenéutica *pro persona*, en tanto ambas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: *fortalecer cualitativamente la tutela y la realización de los derechos básicos*.

---

<sup>83</sup> Aunque pensada y escrita para otros temas y contexto, por su fuerza expresiva tomamos la citada imagen discursiva del libro de George STEINER: *Lecciones de los Maestros*, Debolsillo, trad. de María Condor, Buenos Aires, 2011, p. 34.





## REFLEXIONES SOBRE LA CRISIS DEL EURO Y DE LA UNIÓN

Antonio REMIRO BROTONS

1. En los años fundacionales de las Comunidades Europeas los *federalistas* estaban ansiosos por plasmar los *Estados Unidos de Europa*, pero de acuerdo con un cálculo realista aceptaron el enfoque de quienes -los *funcionalistas*- proponían una aproximación gradual a dicho objetivo, partiendo de una integración progresiva de sectores económicos, para saltar de ahí a otros sectores y acabar en la unificación política. Se trataba de una larga marcha, hecha de pequeños pasos.

2. Con el transcurso del tiempo, sin embargo, se ha desdibujado el objetivo y el *proceso* mismo, sea cual sea su meta, adolece de *intergubernamentalización* progresiva y *mixtificación* de lo comunitario.

3. Los arreglos que debieron hacerse para que Dinamarca dijera finalmente *sí* al Tratado de Unión Europea (TUE, Maastricht, 1992) ya pusieron en evidencia los formidables obstáculos de la *profundización*, que se multiplicaron con la *ampliación al este* de una Unión que pasó de quince a veintisiete miembros en el primer decenio del siglo actual.

4. Después de Maastricht (1992) el llamado método de las *muñecas rusas* –por el que cada nuevo tratado de reforma incorporaba la previsión de una nueva cita de revisión- había dado pie, y no sin sobresaltos, a los tratados de Ámsterdam (1997) y de Niza (2001). Sin embargo, antes de que acabara el año el Consejo Europeo de Laeken constataba que la Unión se encontraba en una encrucijada y, para afrontarla, se tra-

taba de alimentar la ilusión colectiva abriendo el “camino hacia una Constitución” para Europa.

5. A partir de ahí, la historia es bien sabida: el proceso *constituyente* no resistió el embate de los Estados que, *referenda* mediante (Francia, 29 de mayo, Países Bajos, 1 de junio de 2005), hubieron de negar su ratificación y de aquellos otros que (como Gran Bretaña, Polonia y la República Checa), nunca mostraron entusiasmo en la singladura y querían aprovechar la calma chicha para reabrir expedientes cerrados –y firmados– por ellos. La *Constitución* fue *abandonada*.

6. El *tratado de Lisboa*, rubricado el 13 de diciembre de 2007, fue la salida al callejón que parecía no tenerla después de dos años de sedicente *reflexión* en un viaje a ninguna parte. A primera vista la criatura era un engendro sostenido en un lenguaje ininteligible y una sintaxis retorcida en veintitrés lenguas igualmente auténticas.

7. El diseño de la reforma fue destruir sin misericordia la semántica y la simbología que podían emparentar los tratados con un proceso político sugerente de una meta en cuyo último confín aguardaba una Europa federal. La regresión semántica y la furia iconoclasta que se ceba en los símbolos proyectan, en todo caso, un mensaje. La Unión, como tal, ya no irá más allá si no es por la senda de la cooperación intergubernamental, un mensaje que, seguramente, estaba presente en la *Constitución*, pero escamoteado gracias al uso de una terminología hasta cierto punto audaz.

8. Aun así, debido al principio de unanimidad que rige para la ratificación y entrada en vigor de los tratados constitutivos de la Unión, el tratado de Lisboa entró en vigor sólo el 1 de diciembre de 2009, después de superar numerosísimas dificultades. En las actuales circunstancias cabe abandonar, pues, toda esperanza de que más allá de Lisboa sean factibles modificaciones constitutivas de algún calado.

9. Son numerosas las reglas de autoexclusión (o de *opting out*) que han debido tolerarse para poder avanzar, sea en la unión monetaria, sea en la política social, sea en los derechos fundamentales o en el cacareado espacio de libertad, seguridad y justicia, todos ellos *a menos* 27. Ha sido,

por otro lado, inevitable promover las *geometrías variables de Europa*, esto es, los proyectos de cooperación reforzada (Artículos 20 del TUE y 326-334 del TFUE) –y estructurada (Artículos 42.6 y 46 del TUE)- que a partir de 9+ permiten los tratados cumpliendo una serie de condiciones.

10. Ha habido, incluso, que plantearse la articulación de formas de cooperación intergubernamental fuera de la Unión, sea por el deseo de los *cooperantes* de hurtarse a las condiciones que los tratados imponen a la cooperación reforzada o estructurada, sea por la imposibilidad de cumplirlas por las abusivas exigencias de quienes en la Unión se comportan como el perro del hortelano. La compatibilidad de estos acuerdos intergubernamentales al margen de la UE con sus tratados constitutivos ha sido muy debatida doctrinalmente en otro tiempo, pero tras los antecedentes de *Schengen* y *Prüm*, la respuesta parece afirmativa siempre que no se pierda pie en los límites resbaladizos del Derecho de la Unión.

11. Apenas había entrado en vigor el *tratado de Lisboa* cuando, a principios de 2010, estallaba la crisis de la deuda griega y la UE exhibía la insuficiencia de sus medios para combatirla; algo que se sabía ya desde que la UEM fue concebida en el Tratado de Maastricht en 1992. El *euro* integró la política monetaria, haciendo de ella una competencia exclusiva de la UE; pero mantuvo la política económica, presupuestaria y fiscal en manos de los Estados Miembros, limitando la competencia de la Unión a su *coordinación*. En estas condiciones la moneda única tenía los pies de barro. Un problema de solvencia se convirtió así en un problema existencial.

12. Incapaz de hacer frente a la crisis, la UE fue un ejemplo de agitación y vacilación, evidenciando los intereses encontrados de sus miembros, produciendo una cascada de instrumentos y medidas para *parhear* los pinchazos más notorios, y reclamando de sus instituciones una actividad inusitada en el límite, a veces, de sus atribuciones. No es fácil moverse en el maremágnum de instrumentos, mecanismos, paquetes y medidas adoptadas en estos años de zozobra. Unos tienen por objeto la *asistencia financiera*, otros el *buen gobierno* (dizque la *gobernanza* económica), con fundamento en el derecho derivado de la Unión o en acuerdos intergubernamentales *extramuros* de la UE, aunque pegados a ella. Son estos últimos los que ahora reclaman nuestra atención.

13. Se trata de dos acuerdos: uno, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG) o *Pacto Fiscal*, vinculado al buen gobierno económico; el otro, el tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), centrado en la asistencia financiera a los miembros de la Eurozona que la requieran. Ambos son ya inseparables y la prueba más palpable de que, por exigencia de los países contribuyentes netos, con la República Federal de Alemania a la cabeza, y del BCE, no hay asistencia financiera sin compromisos claros y jurídicamente vinculantes de disciplina presupuestaria.

14. El TECG es un acuerdo intergubernamental al margen, pero adosado, a la UE, un *pis-aller*; un *ventre de alquiler*, ante la imposibilidad de la Unión de concebirlo, gestarlo en su seno y parirlo debido a la oposición del Reino Unido, acompañado por la República Checa. La primera opción del popular sujeto *Merkozy*, padre de la idea, era proceder a una enmienda de un par de artículos (126 y 136) del TFUE, pero las desmedidas pretensiones del Reino Unido para consentirlo, en su empeño de salvaguardar los privilegios de la *City* como capital financiera, y el riesgo de que el proceso, una vez abierto, escapara de las manos de los proponentes, abortaron este proyecto.

15. El TECG entró en vigor el 1 de enero de 2013, con el propósito expreso de convertirse en derecho de la UE en el plazo máximo de cinco años a partir de esta fecha. Ser Parte en el TECG es condición *sine qua non* para optar a la asistencia financiera del MEDE.

16. La regla del equilibrio presupuestario es la ‘regla de oro’ del tratado. Con ella se blinda la llamada política de austeridad, conforme a los deseos de Alemania y de otros países contribuyentes netos (el *Norte*), que la exigen como garantía de cualesquiera operaciones de asistencia financiera a los países más afectados por la crisis (el *Sur*). La obligación jurídica establecida *inter se* por los Estados partes se ve reforzada por la obligación añadida de incorporar la regla a su derecho interno, a más tardar el 1 de enero de 2014, mediante disposiciones normativas de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional. El cabal cumplimiento de esta obligación se somete al control del Tribunal de Justicia, previéndose sanciones pecuniarias para quienes la infrinjan, que

podrían concretarse en una multa coercitiva de hasta el 0'1% de su PIB (lo que en el caso de España supondría unos mil millones de euros), aunque quepa dudar de la operatividad real de esta clase de medidas en medio de la tormenta.

17. Sin duda es ahí donde cabe identificar uno de sus rasgos más acusadamente hegemónicos del tratado. Si la República Federal de Alemania acepta para sí misma una obligación que limita su soberanía presupuestaria es porque ese límite está absolutamente interiorizado en su Ley Fundamental y se trata de imponerlo a los demás.

18. España, discípulo *avant la lettre*, se anticipó al tratado y en un inusual y acelerado consenso entre el menguante gobierno socialista del Sr. Rodríguez Zapatero y el principal partido de la oposición, el PP, se cerró en septiembre de 2011, a la carrera y sin debate, un acuerdo para enmendar por la vía rápida el artículo 135 de la Constitución, añadiéndole un tercer párrafo que encadena nuestro país al equilibrio presupuestario al más alto nivel normativo. Unos meses después, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, remató la faena.

19. Teniendo en cuenta que el TCEG carece de cláusula de denuncia y se prevé que su *contenido* se transfiera al derecho de la UE antes del 1 de enero de 2018, cabe suponer que la 'regla de oro' alemana es para *toda la vida*, a menos que un Estado opte por abandonar la Unión de acuerdo con el procedimiento previsto por el artículo 50 TUE.

20. Claro que si fuera Alemania la que decidiera tal cosa sería la misma UE la que se iría al garete. En cierto modo el TCEG es un *bantustán* de la UE. En su sentencia de 12 de septiembre de 2012 sobre el tratado constitutivo del MEDE el TC alemán llama la atención sobre el hecho de que un abandono de la UE haría inaplicables las bases para continuar participando en el TCEG, siendo el mantenimiento de Alemania en el euro la base esencial para obligarse por el TCEG.

21. El tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) fue suscrito el 2 de febrero de 2012, un mes antes de la firma

del TCEG. El MEDE se concibe como una organización financiera con subjetividad internacional, toda clase de inmunidades y privilegios para sí y sus ejecutivos y sede en Luxemburgo. La contribución de los miembros se reparte en claves muy dispares, que van del 27'15% que corresponde a la RFA hasta el 0'07% atribuido a Malta. Cuatro de los 17 miembros acumulan el 75%<sup>1</sup>. Con los cuatro siguientes alcanzan el 90%<sup>2</sup>. Entró en vigor el 27 de septiembre de 2012, una vez que el Tribunal Constitucional alemán dio el visto bueno (s. de 12 de septiembre) a la ratificación alemana, siendo sus dictados asumidos previamente, mediante una sedicente «declaración interpretativa», por todas las demás obsequiosas partes contratantes, potenciales destinatarias de la capacidad crediticia de hasta setecientos mil millones de euros del Mecanismo, siempre que satisfagan la 'regla de oro' a partir del 1 de enero de 2014 (en el entendido de que la regla se cumple en la medida en que un Estado se ajusta al calendario de convergencia a medio plazo adoptado a propuesta de la Comisión Europea) y suscriban con la Comisión *memorandos de entendimiento* (los populares y opacos MOU por sus siglas en inglés), sujetos a la más estricta *condicionalidad*.

22. La disciplina que han exhibido los Estados Miembros de la *Eurozona* al devenir Partes Contratantes de ambos tratados -el TCEG y el constitutivo del MEDE- nos ha ahorrado el laberinto jurídico que habría supuesto la constatación de círculos subjetivos secantes agregados a los ya existentes en la UE. Una situación semejante hubiera forzado invitaciones relativamente coactivas al abandono de la *Eurozona* por los recalitrantes, siempre que su condición fuera periférica. Por supuesto, no cabe imaginar que los países que se incorporen al euro en adelante puedan hacerlo sin incluir este paquete; al fin y al cabo los miembros del Club gozan de una amplia discrecionalidad para bloquear su ingreso (artículo 140.2 TFUE).

---

<sup>1</sup> A Alemania (27'15%) se suman Francia (20'39%), Italia (17'91%) y España (11'90%).

<sup>2</sup> Se trata de Países Bajos (5'72%), Bélgica (3,48%), Grecia (2'82%) y Austria (2'78%).

23. Es el momento de compartir algunas reflexiones. Desde un punto de vista ideológico y político el blindaje normativo de la ‘regla de oro’ del equilibrio presupuestario -y es la *primera reflexión*- puede ser criticada por ser criticable la política de sedicente austeridad en que se traduce, incompatible, en períodos de recesión en particular, con objetivos de crecimiento y empleo que requieren planes de inversión y endeudamiento, en lugar de recortes y estrangulamiento del gasto público con base en parámetros macroeconómicos -como el déficit y la deuda- que determinan una convergencia nominal, que no real, de las economías.

24. Una austeridad que se invoca en falso pues, como merece ser recordado, austeridad es ajustarse a lo necesario, sin concesiones a lo superfluo o al lujo, atenerse con rigor a los valores de la moral pública, y no es precisamente la austeridad la que define las políticas de la *Eurozona* aplicadas por países en situación de rescate o pre-rescate, sino algo más grave, la depauperación de los servicios públicos y de las rentas de funcionarios y trabajadores. El paro ha aumentado escandalosamente, los inversores y prestamistas se han retraído ante las escasas perspectivas de crecimiento y los ‘ahorros’ de los recortes han ido a parar a manos de los especuladores. En definitiva, se exige a las Partes que sacrifiquen la esencia de su soberanía ahorcando sus políticas de crecimiento con la regla «permanente» del equilibrio presupuestario.

25. No sin desfachatez se observa que ahora no se hace sino exigir de los Estados miembros lo que es preceptivo (artículo 310.1.3 TFUE) para la UE, cuyo presupuesto está obligado al equilibrio; yendo más lejos, a pesar de su pequeñez para afrontar las tareas que reclamaría una Unión más ambiciosa, hay quienes se empecinan en congelarlo e, incluso, reducirlo, para que la Unión no sea menos que los Estados Miembros, obligados hoy a los recortes, y a fe que lo están logrando si atendemos al hecho de que el Consejo Europeo con la aquiescencia de la Comisión ha acordado para el septenio 2014-2020 un presupuesto inferior en términos absolutos y relativos al del septenio que concluirá con el año 2013. No se avanza en la Unión dando pasos atrás.

26. Tanto las instituciones de la UE como los gobiernos de los Estados miembros en apuros han afrontado la crisis -y es una *segunda re-*

*flexión*- con una cierta ansiedad, atendiendo más al comportamiento de los *mercados* y de las agencias de calificación norteamericanas -con señalados conflictos de intereses y muy limitada *accountability* pública- que a las manifestaciones de la opinión ciudadana, sindical y social, desdénando el debate público y parlamentario. Diríamos que han actuado como déspotas ilustrados, de no ser porque éstos lo daban todo por el pueblo, pero sin el pueblo y en nuestro caso se tiene la impresión que lo que se da, se da a los banqueros.

27. Se parte de un dogma: el pago de la deuda y sus intereses son tan intocables como el sistema bancario, porque de no ser así la credibilidad internacional del país sería fulminada por un rayo divino y eso conduciría al caos. Como si se tratara de una torre de alto voltaje, de esas que avisan con una calavera blanca sobre fondo negro: «No tocar. Peligro de muerte». Conservar el sistema es la prioridad absoluta y sus exclusivos sacerdotes son precisamente los responsables de su crisis que ahora han de pagar los ciudadanos, reducidos a una estéril protesta frente a quienes ocupando las instituciones pueden coartar sus derechos y expectativas dentro naturalmente del más escrupuloso respeto del orden constitucional y europeo.

28. Ciertamente -y es la *tercera reflexión*- la transferencia de la política monetaria a la UE ha supuesto un asfixiante abrazo de oso para países en situación de emergencia económica y social, desposeídos de la fórmula mágica de la devaluación de la moneda que en casos así es como la penicilina en el tratamiento de las infecciones. Tampoco han podido acudir a su Banco Central para financiar su déficit, con independencia de que los países con más problemas no han sido necesariamente los de deuda más crecida o déficit más profundo; ni, dicho sea de paso, los que se han destacado en el gasto social en porcentaje de PIB.

29. Es, en todo caso, responsabilidad de cada Estado Miembro de la *Eurozona* decidir cómo obtiene sus ingresos y atribuye su gasto a fin de remar hacia el objetivo que el TECG marca. Y ahí a cada cual se le ve el plumero. Constreñidos a actuar, han tratado de aumentar ingresos, vía impuestos, tasas y precios por servicios públicos, incluso los más esenciales, y de reducir costes vía recortes salariales, supresión de servicios, reducción de plantillas, mayor productividad y menor protección social.



30. Hacer del alza de los impuestos indirectos, el IVA en particular, el eje del aumento de la recaudación y centrar los ahorros del Estado en los recortes en salarios de los funcionarios, educación, sanidad, servicios sociales, o I+D+i, acentúa la desigualdad y la discriminación. No se actúa sobre las grandes fortunas ni sobre la gestión de sus imponentes patrimonios cuyas rentas son irrisoriamente gravadas. Se incurre incluso en la ignominia moral e inconstitucional de rebañar unos millones permitiendo la regularización de ingresos no declarados u ocultos en foráneas cuevas de *Alí Babá*, bautizadas por sus dueños como *paraísos* fiscales.

31. De ahí un rechazo por amplios grupos sociales, transversales, elevados a la enésima potencia cuando se mezclan en el discurso y en la crónica los casos de corrupción política y partisana, sugerentes de la pudrición del sistema. Se entienden situaciones, como la de Grecia, señalada más que ningún otro país por el dedo infame de los mercados, que se apresura a depositar, el primero, el instrumento de ratificación del TECG, mientras es incapaz de formar un gobierno que garantice su cumplimiento.

32. Gobiernos de países fuertemente endeudados y con problemas de solvencia han *empeorado* con sus medidas, siguiendo consejos y recomendaciones de la Comisión Europea, del BCE y, hasta un cierto momento, del FMI, la ya de por sí discutible política de -mal llamada- austeridad convergente al objetivo del equilibrio presupuestario. Cuando los representantes de esos gobiernos -y es la *cuarta reflexión*- han afirmado no contar con una alternativa, han dicho bien si al hacerlo se referían a la imperiosa necesidad de aceptar un orden *germánico* para recibir la asistencia financiera sin la cual arriesgaban la quiebra del Estado; pero han dicho mal si querían significar que las medidas que adoptaban eran las únicas capaces de traducir una política de austeridad. Es perfectamente lógico que, como reacción, sectores mayoritarios de la opinión pública en tales países -no, desde luego, en los prestamistas- manifiesten que su *amor a Europa* no pasa por la prenda de una austeridad impuesta y contraproducente y menos aún por las medidas injustas, inequitativas, en que se ha venido traduciendo.

33. Sin duda, el fracaso del euro será el fracaso de la UE como proyecto político; pero la supervivencia del euro no garantiza su éxito. La

impresión de amplias capas sociales en países especialmente afectados por la crisis es que no todos van en el mismo barco y algunos de los que van lo hacen como galeotes, obligados a remar con un rumbo que no comparten al compás de una maza que manejan los prestamistas, Alemania el primero de ellos. Se han reabierto las nociones discriminatorias y los estereotipos humillantes: el *Norte* trabajador y ahorrador, con ciudadanos eurohabientes; el *Sur*, vago y licencioso, con súbditos eurocarentes.

34. Una *quinta reflexión* nos da de bruces con el desasosiego creciente que exhibe este viejo y pretencioso continente. La economía se ha convertido en un agente depredador de cualquier otra especie en el espacio informativo y en la vida de la gente corriente. Los titulares de los medios de información son ocupados de un día para otro por noticias cada cual más alarmante. La política es economía, la sociedad es economía, los sucesos son economía, incluso la cultura, la educación, la ciencia y la investigación, son economía. Hemos tenido que adaptarnos a una jerga que escuchamos, pero no comprendemos. Los «mercados», fatídica expresión, se han adueñado de nuestra vida cotidiana, compitiendo fastidiosamente con el fútbol y el sexo, por este orden.

35. El único consuelo de hoy es que mañana será peor. Y la gente normal, la gente de la calle, está muy mal preparada para hacer frente a los economistas dogmáticos que dominan las instituciones internacionales, las agencias de calificación, los gobiernos, dispuestos a romper las tablas de la doctrina única de los mercados sobre sus costillas con tal de salvar su célebre sistema financiero, del que casi todos han salido y al que, sin duda, volverán. Nadie puede negar cuánto se ha progresado en las técnicas de encantamiento y dominación de los vulnerables. Economistas-teólogos del FMI, supervisores compulsivos del BCE o de la Comisión, a la que se llama cariñosamente ‘Bruselas’, los llamados ‘hombres de negro’ -es decir, los ‘hombres del saco’ con los que nos aterrizaraban nuestras abuelas para que nos fuéramos a la cama- transforman intangibles postulados económicos en acción inexcusable en países que han perdido el último adarme de soberanía, bajo terminologías sedantes: políticas de ajuste, planes de rescate, evitar el contagio...

36. Una *sexta reflexión* obliga a preguntarse qué ha sido de principios como la solidaridad, la economía social de mercado, la cohesión eco-

nómica y social, a los que se refiere el artículo 3 TUE, ignorados, desdeñados, mancillados al instrumentarse los medios de combate contra la crisis. El *estado del bienestar*, uno de los emblemas de la UE, escarapate de atracción de candidatos a la membresía en el continente y fuente nutricia de su venta como modelo más allá, es un *sansebastián* malherido por los dardos inmisericordes de las medidas más torpes de la sedicente política de austeridad. El modelo europeo después de la crisis parece ser el del *Consenso de Washington*: liberalización y desregulación, privatización y gobernanza; precisamente los rasgos del capitalismo sin reglas ni supervisión públicas que sembró las semillas de la crisis.

37. Se invoca, ciertamente, el *crecimiento*, llave de paso al empleo. Los Reglamentos 1466 y 1467/1997 se bautizaron como «Pacto de estabilidad y crecimiento» (PEC). Hubo una *Estrategia de Lisboa* «para el crecimiento y el empleo», una *Estrategia 2020* para «un crecimiento inteligente, sostenible e integrador». Una «Plataforma Europea contra la pobreza y la exclusión social, que se propone como marco para la cohesión social y territorial». Hasta «Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza», enunciadas por la Comisión en una comunicación de 2011.

38. El PEC, que sigue vivo, revisado y reciclado, es mencionado numerosas veces en el preámbulo y en el texto articulado del TCEG; incluso el numeral 1 del artículo 1º se atreve a afirmar que sus medidas respaldan la consecución de los objetivos de la UE «en materia de crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social». François Hollande no debía estar muy seguro de ello cuando, recién elegido Presidente de la República Francesa, amagó con rechazar este tratado si no se acompañaba de un *Pacto de Crecimiento*, pero al final se doblegó. ¿Estamos, pues, obligados a creer que *en el mar corren las liebres y en el monte las sardinas...?*

39. La verdad es que los indicadores sociales, empujados por la aplicación de las medidas conducentes a la convergencia macroeconómica y nominal, son cada vez más deprimentes. Aunque las voces por un *Growth Pack* junto al *Fiscal Compact* han sumado al PE, al Presidente del BCE, Mario Draghi, y a la mismísima Comisión en una nueva «Acción por la

estabilidad, el crecimiento y el empleo» (2012), además de las llamadas de atención al respecto de un FMI consciente de sus muchos pecados pasados, lo cierto es que la conciencia de los riesgos del hartazgo social no alteran la fe en la *condicionalidad*, como prueba su reforzamiento al replantearse las políticas de cohesión a través de los Fondos. Si acaso, se objeta que los países afectados por la crisis persigan el equilibrio presupuestario a costa del gasto en educación, sanidad, I+D+i o energías sostenibles.

40. Tal vez sea ese hartazgo la razón por la que se vuelve a hablar insistentemente de «crecimiento». Pero no basta hablar para crecer y es una perversa ilusión sugerir que el «crecimiento» llegará por sí solo una vez depauperados los países con las recetas que se vienen aplicando.

41. Una *séptima reflexión* tiene que ver con la pérdida de calidad de la representación política y su relación con los ciudadanos. Las instituciones y quienes las ocupan parecen al servicio de los poderes fácticos; son percibidos como sus menestrales, especialmente cuando asoma el riesgo de ingobernabilidad, esto es, de gobernabilidad contra los intereses de tales poderes. Se entiende que en estas circunstancias las castas respetables del entramado político-financiero traten de atajar la sangría de otrora dóciles consumidores. Hay que impedir que la plutocracia, que tan hábilmente ha sabido instrumentar las instituciones de la llamada democracia representativa -en la que se funda la mismísima UE (léase el artículo 10 del TUE)-, pueda ser desafiada.

42. Frente al descaro inadmisibles de quienes pretenden que los ciudadanos decidan su propio destino, el sentido de responsabilidad impone gobiernos de concentración de la casta política instalada, presididos o controlados por tecnócratas educados en las escuelas de negocios neoliberales y entrenados en los mejores bancos de inversión. Probablemente son gente honrada que creen en la bondad de su misión: recuperar la «confianza» de los mercados, ya que la parlamentaria es hoy un bono basura. El otrora poder legislativo se transforma en poder contemplativo o gerencia el estampillado de medidas impuestas sobre esta suerte de nuevos protectorados. El *status civitatis* se ha reducido a su más banal expresión. Adoptados los necesarios compromisos permanentes e irre-

versibles no habrá cuidado en que la gente vote en inanes procesos electorales a los gestores de su miseria. Antes los golpes de estado los daban los espadones; ahora son tecnocráticos y hasta gozan de buena prensa, como si la certeza de que la transición a la escasez será gobernada por gente entrenada en números produjera un alivio semejante al que puede experimentar el condenado al alcance del hacha de un verdugo con buena reputación.

43. Una *octava reflexión* presenta la crisis como la ocasión perfecta para implantar una *nueva normalidad*. Estamos en la más absoluta oscuridad, presentimos en las voces y las plumas de los iniciados en un lenguaje esotérico que nuestro bienestar colectivo, asentado sobre bases social-demócratas, ha llegado a su fin envuelto en un halo de fatalidad, y cuando, combinando el pánico con la desesperación, gritamos que queremos volver a la normalidad, escuchamos como un rumor tenebroso la sentencia de los oráculos de la casta dominante y de sus menestrales que martillea nuestros oídos: ¡estúpido!, ya estás en la normalidad.

44. Cautiva contemplar el carácter *técnico* con el que se pretende emboscar las gravísimas consecuencias sociales de las medidas de austeridad. Se produce una creciente segregación social, una perversa redistribución de rentas. Las recetas *técnicas* hacen más ricos a los ricos, mendigos a los pobres y pobre a la clase media, partida por la mitad.

45. Una *novena reflexión* lleva a preguntarse cuánto podrán resistir las libertades de expresión, de información y de manifestación en un escenario de fuerte inestabilidad social, con el descontento en las calles, sin que se las lleven por delante los estados de emergencia. Por si no bastaran los sacrificios impuestos por la crisis financiera, la pérdida de calidad en nuestra vida viene acompañada de una pérdida de la calidad, apenas discreta, de nuestros derechos y libertades, y el descrédito, no ya de los políticos, a los que la ciudadanía nunca ha valorado demasiado, sino de las instituciones dizque representativas.

46. El neoliberalismo salvaje no le hace ascos al Estado como guardia de la porra. Las fuerzas de policía pasan de reprimir el crimen a aporrear a quienes ejercen el derecho de manifestación frente a medidas

que socavan su presente y hacen pedrisco su porvenir, mientras las sedes de las instituciones representativas y sus miembros han de ser protegidos de sus representados mediante vallas y gorilas, minando las bases del régimen democrático, cada vez más cáscara y menos pulpa.

47. Una *décima reflexión*. Los ciudadanos, atónitos, se preguntan cómo es posible que no se combata eficazmente la corrupción, el fraude, los paraísos fiscales; cómo es posible que se socialicen las pérdidas de bancos y cajas de ahorro sin exigencia de responsabilidades o se ampare a quienes privatizaron y esquilmaron el patrimonio nacional. Sin duda sienten un deseo vehemente de *correr* a los mercados, como en la Francia revolucionaria se corrió al *ancien regime*...Harían bien los gobiernos que como sastrecillos obedientes, pues de recortes se trata, protegen un modelo neoliberal con resultados homicidas sobre las mayorías, en tener en cuenta su tasa de riesgo ciudadano tanto al menos como su prima de riesgo en los mercados, pues el crédito ahí se le agota aceleradamente y Grecia y hasta Italia o Portugal están en el escaparate.

48. La política de austeridad que se propone a palo seco, en medio de una cifra de paro escandalosa, malversación de caudales públicos, casos de corrupción reventando por todos lados y una galopante desigualdad de clases, sólo puede conducir a una sensación de asfixia o, alternativamente, de hipoxia cerebral. Se comprende, pues, que no falten los partidarios de deslizarse en el caos para desde la nada instaurar un orden que responda a objetivos hasta ahora relegados. Los *indignados* aparecen como una suerte de avanzadilla de esa *multitud* que reclama un nuevo orden político, económico y social, que promueve nuevas formas de gobierno y representación política, que actúa con la eficacia de un enjambre de eficaces sujetos anónimos en pos de un interés común, que se sirve de los avances tecnológicos para articular redes flexibles de resistencia antiglobalizadora, que es capaz de transformar la vieja *mayoría silenciosa* en un cuerpo vivo y solidario. Pero mientras se alumbrá la nueva era, ¿qué ha de hacer la *multitud*?

49. Una *undécima reflexión*. Las cláusulas disponiendo la unanimidad para la ratificación y entrada en vigor de los tratados, en las que se empecina la UE, son tan mortales para su supervivencia y desarrollo como

lo es el consumo de tabaco para el amplio espectro de los simios, una vez que pertenece al ámbito de competencia doméstica decidir cómo se forma la voluntad del Estado al respecto. Aunque fuera posible un régimen uniforme o, por lo menos, un calendario sincronizado a nivel europeo, nada aseguraría un resultado igualmente uniforme, por los factores políticos particulares que operan en cada caso.

50. Sería una buena noticia que los miembros acordaran procedimientos aplicando una suerte de doble mayoría reforzada (de Estados y de población) para la ratificación de los tratados europeos, forzando a la minoría a pasar por los tratados o a abandonar la UE dentro de un proceso negociado que determine para ellos un nuevo estatuto. Hay que renunciar a la unanimidad o, por lo menos, restringirla a lo que podríamos considerar el “núcleo duro” de los tratados, si somos capaces de identificarlo. El problema estriba en que dentro de los ordenados procesos evolutivos y no revolucionarios de una Organización internacional que, aun de integración, se basa en tratados multilaterales concluidos por Estados soberanos, no es posible modificar el régimen de reforma de los tratados a menos que así se decida por... unanimidad.

51. Una última *reflexión* apunta a determinar cuál es actualmente, si alguien lo sabe, el objetivo político de la Unión más allá de la palabrería. ¿Qué queda de Europa como proyecto político? ¿Qué de sus objetivos? ¿Qué de sus valores enfatizados en tratados y Cartas de derechos fundamentales? ¿Alguien divisa el cabo de buena esperanza tras el que se levantan las costas de un nuevo *Shangri-lá*? Garantizar la paz continental fue objetivo fundacional; el bienestar y la cooperación al desarrollo se han ido por los desagües de la crisis; los mimbres para construir una gran potencia han ido menguando al tiempo que los nacionalismos quebrantahuesos y las tentaciones hegemónicas han trastornado la jerarquía de valores e intereses que podrían legitimarla, de haber los medios para ello. Así que tal vez sólo queda tratar de conservar la paz en medio de una negociación permanente en un orden *more germanico* con fuertes desigualdades sociales, empleos precarios, renacidos controles migratorios, envejecimiento y melancólica decadencia.

52. Decimos *more germanico* porque desde que la República Federal de Alemania absorbió a la República Democrática Alemana cambió

su estilo y actitud. La idea de que *quien paga manda* se ha ido consolidando. El alemán se convirtió en lengua de trabajo, hay alemanes en todos los puestos clave de las instituciones de la UE, especialmente en la articulación de respuestas ante la crisis financiera, sus posiciones se han convertido en un *diktat*, una vez que la República Federal ha resuelto sus propias vacilaciones, determinadas a menudo por consideraciones de naturaleza doméstica. Destaca el papel protagonista que ha asumido el Tribunal Constitucional con sede en Karlsruhe desde su sentencia de 12 de octubre de 1993, afirmando su control sobre la aplicación de los tratados constitutivos, el derecho derivado y los acuerdos intergubernamentales para asegurarse del respeto de los límites constitucionales, justificados en que la soberanía alemana sigue en Berlín.

53. Concluyamos. Esta UE está evolucionando de una manera que no responde al proyecto que pudo ilusionar a quienes creyeron en la visión de sus padres fundadores. De ahí que en la difícil travesía sólo quepa ya implorar la virtud taumátúrgica de quienes enviados por Dios son capaces de embriar los intereses creados de las castas dominantes en una Europa menguante para las expectativas de quienes se conformaron con ser consumidores y ahora, que no pueden serlo en la misma medida, deberían ordenarse como ciudadanos exigentes de libertad, justicia y solidaridad, respetando el medio natural que es su común patrimonio.

54. Crear genuinos intereses comunes, intereses ‘europeos’ servidos a través de instituciones democráticas y representativas es una ardua tarea cuya realización parece alejarse en la medida en que el pueblo y los ciudadanos ‘europeos’ son hoy una entelequia. Si el llamado ‘Estado revolucionario’ fue incapaz de manufacturar en setenta años de partido único el ‘homo sovieticus’, ¿cuántos siglos ha de requerir la tarea de establecer una auténtica identidad ‘europea’ que sintetice las nacionales de los miembros de la Unión en la diversidad? ¿Cuántos decenios para que, al menos, el *chip* europeo se instale en los procesos decisorios de los miembros de la Unión? La renacionalización de algunas políticas, reivindicada por Reino Unido, Países Bajos y otros; la frágil observancia del principio de cooperación leal en el marco de una Unión concebida como un conjunto de Estados soberanos que buscan su propio interés mediante la negociación y el compromiso, haciendo primar el intergubernamentalismo



y las instituciones que mejor lo representan en la UE; los amagos de abandono de la Unión, un «compromiso reversible» como lo definía el mismo Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 30 de junio de 2009 (Lisbon Case, BVerfG, 2 BvE 2/08) y se regula expresamente en el *tratado de Lisboa*, al que ha puesto fecha el *premier* británico David Cameron, al prever un referéndum sobre la permanencia del Reino Unido para finales de 2017 si gana las próximas elecciones generales; son todos ellos síntomas de que la Unión a 27 se deshace o debilita gravemente y, en todo caso, que vive momentos de gran confusión. Observando algunos procesos de descomposición identitaria en algunos Estados miembros, podría decirse incluso que es más fácil regresar de la nación a la tribu que trascender a aquélla mediante la cristalización del pueblo europeo. Probablemente llegar al pueblo europeo a través de las tribus sea un empeño aún más utópico.

*7 de marzo de 2013*



## ***QUOUSQUE TANDEM NACIONES UNIDAS....***

Rose CAVE

Por mucho que, al igual que las personas, las instituciones nacen, se desarrollan y mueren, nos hemos habituado a que algunas de ellas perduren aunque no hayan cumplido cabalmente con el cometido principal para el cual fueron creadas. Este parece ser el caso de las Naciones Unidas.

Si bien los Estados miembros reconocen implícitamente que en muchos sentidos la Organización ha fracasado en su objetivo primordial, que es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, ha dominado la impresión de que es preciso conservar este único foro universal en que pueden reunirse todos los Estados que constituyen la comunidad internacional. Y que resultaría muchísimo más oneroso y complicado desarmar el complejo entramado que se ha formado a lo largo de los años, que abocarse seriamente a cambiarlo o, si fuera el caso, reemplazar la institución por otra que se ajuste más a las necesidades de nuestro tiempo y del futuro. Alguien dijo, y muchos han repetido después, que si las Naciones Unidas no existieran habría que inventarlas.

El complejo medio en que la Organización se desenvuelve en la actualidad es totalmente diferente del que existía cuando fue creada, lo que inevitablemente ha tornado muchísimo más complejo el logro de sus objetivos fundamentales. En 1945, tras una guerra que según las estimaciones más moderadas causó 30 millones de muertos, los vencedores y sus aliados se reunieron en San Francisco para crear una organización internacional destinada a “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra”<sup>1</sup>; casi 70 años después los conflictos que se plantean al interior

---

<sup>1</sup> Carta de las Naciones Unidas, primer párrafo del Preámbulo.

de los países también pueden llegar a constituir una amenaza para la paz y temas como la globalización, el medio ambiente, la salud y la disponibilidad de recursos plantean desafíos nuevos que en la mayoría de sus aspectos superan la dimensión interestatal y aunque no puedan atribuirse a la guerra son un peligro global.

Con el transcurso del tiempo fenómenos como la descolonización, la fragmentación de la Unión Soviética y la aparición de miniestados han derivado en situaciones no previstas cuando se crearon las Naciones Unidas, como el incremento del número de Estados miembros de una cincuentena a los actuales 193, lo que por cierto obstaculiza el logro de sus objetivos. Pese a que la Carta constitutiva previó no solo su reforma (art.108) sino también su revisión (art.109) y a que desde sus primeros tiempos han existido llamados a reformarla, los cambios de que ha sido objeto en todo este tiempo han sido menores y han consistido exclusivamente en el aumento del número de miembros de algunos de sus órganos principales, cambios que no han bastado para aumentar su eficacia. En la práctica, la Organización ha ido asumiendo mayores funciones mediante una interpretación a nuestro juicio a veces demasiado flexible de las disposiciones de la Carta. De manera que resulta natural cuestionarse a qué se debe que las Naciones Unidas hayan subsistido hasta ahora sin experimentar mayores modificaciones.

Sobre la necesidad de reforma y sobre fórmulas para realizarla han corrido ríos de tinta académica, y no tendría sentido limitarse a proponer una nueva fórmula para adaptar la Organización a las realidades del mundo de hoy. En consecuencia, a partir de notas sobre su creación y contenido, el presente trabajo no pretende más que promover una reflexión sobre si lo que corresponde es reformar la Carta o si sería más acertado reemplazarla por otra u otras instituciones que sirvan mejor las necesidades actuales y futuras de la comunidad internacional. Para ello se pasa somera revista a la creación de las Naciones Unidas, su evolución, los propósitos y principios originales así como las funciones entregadas a sus órganos principales a fin de que cada uno se forme su propia impresión acerca de si la existencia de la Organización permitirá que lleguemos un día a “practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos...”<sup>22</sup>.

---

<sup>2</sup> Carta de las Naciones Unidas, Preámbulo.

Finalmente, en una especie de ejercicio de política-ficción, se sugiere un replanteamiento total de la Organización a fin de reencaminarla hacia sus propósitos originales.

## **La Organización de las Naciones Unidas**

### *1.1. Dumbarton Oaks y San Francisco*

En el siglo pasado, Europa fue escenario de dos guerras mundiales. A raíz de la primera de ellas se creó la Sociedad de las Naciones “para fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizar la paz y la seguridad”<sup>3</sup>, cuyo estatuto constituyó un nuevo sistema de gobierno de la comunidad internacional. El régimen establecido por el Pacto fracasó por motivos que no es del caso examinar aquí y el mundo se vio envuelto en un segundo conflicto, tanto más cruento que el primero, que comprometió a los países que combatían a las potencias del Eje a crear una organización que, por mucho que en un comienzo fue concebida como una coalición para la guerra, efectivamente sirviera para mantener la paz<sup>4</sup>.

Las bases de la nueva organización se acordaron en la reunión que tuvo lugar en Dumbarton Oaks, Washington, en agosto y septiembre de 1944, con la participación primero de representantes de los Estados Unidos, la Unión Soviética y el Reino Unido, y luego de los Estados Unidos, el Reino Unido y China, pero en ella quedó pendiente la cuestión del modo de adopción de decisiones en su órgano ejecutivo. Esta cuestión se zanjó en la Conferencia de Yalta (Crimea), en febrero de 1945, donde Roosevelt, Stalin y Churchill acordaron que las decisiones sustantivas del Consejo de Seguridad deberían contar con el voto unánime de los miembros permanentes, esto es, de las potencias vencedoras en la guerra. En la misma oportunidad se resolvió materializar el proyecto en una Conferencia de

---

<sup>3</sup> Preámbulo del Pacto.

<sup>4</sup> Pastor Ridruejo, José Antonio (1996), *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 6ª. Ed., Madrid, Tecnos.

las Naciones Unidas que, convocada por los cuatro participantes en Dumbarton Oaks y teniendo como base de negociación las propuestas de esta y de Yalta, tuvo lugar en San Francisco entre abril y junio de 1945. Como resultado de las deliberaciones allí realizadas, los países convocantes y los 46 Estados adicionales que participaron en ella, adoptaron por unanimidad la Carta de las Naciones Unidas, que entró en vigor el 24 de octubre de ese año.

El cometido de la Conferencia de San Francisco era aprobar el texto de la nueva organización. Resulta interesante comprobar en qué medida se acogieron, rechazaron o modificaron las propuestas de Dumbarton Oaks, elaboradas por las potencias vencedoras, para conocer cuáles fueron realmente sus intenciones. Al respecto, cabe señalar de partida que la Carta aprobada añadió un preámbulo que refuerza el contenido del Capítulo I de las propuestas y que, como se ha indicado reiteradamente, tiene más que un valor simplemente interpretativo. Así lo manifestó, por ejemplo, el representante del Departamento de Estado de los Estados Unidos en las audiencias del Congreso para aprobar la Carta al responder a la pregunta de un senador sobre si el preámbulo tendría fuerza legal: “The position adopted at the Conference was that the preamble has the same force as the document itself; but the operating part of the document, of course, begins with the operating provisions”<sup>5</sup>. En todo caso, la lectura combinada de ambos textos revela que no hubo discrepancias en cuanto a que el objetivo principal y determinante de la organización sería el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Las modificaciones introducidas a las propuestas de Dumbarton Oak en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad fueron menores, aunque los Estados invitados a participar en la Conferencia pusieron todo su empeño en que la Carta incluyera algunos conceptos que para ellos eran vitales. Así, brevemente, el párrafo 1 del Artículo 1 se limita a introducir, después de “lograr por medios pacíficos”, la expresión “y de conformidad con la justicia y los principios del derecho internacional”; en el párrafo 2, la frase “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad” se complementa con otra, que dice “basadas en el respeto al principio de

---

<sup>5</sup> Citado en Kelsen, Hans (1966), *The Law of the United Nations*, Nueva York y Washington, Frederick A. Praeger, Publishers.

la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”. El párrafo 3, en cambio, fue objeto del cambio quizá más importante, ya que a la realización de la cooperación internacional no solo se añadió el término “cultural” sino que a la redacción original se añadió la frase “y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinciones por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. La introducción de los derechos humanos, que no figuraban en las propuestas originales se convirtió de esta manera en uno de los temas que han sido de mayor preocupación para las Naciones Unidas y respecto de los cuales cabe reconocer que se han logrado grandes avances.

Por otra parte, el Capítulo II de las propuestas, que en la Carta se convirtió en artículo 2, sobre Principios, se centra en la igualdad soberana de los Estados y en la solución pacífica de las controversias y en su párrafo 1 reemplaza la frase “de los Estados amantes de la paz” que figuraba en las propuestas, por “de todos los Miembros”. En el párrafo 2 de la misma disposición los Estados lograron introducir la expresión “buena fe” en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones y en el párrafo 3, que se añadiera la expresión “ni la justicia” a “que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales”. Refiriéndose al uso de la fuerza, el párrafo 4 se complementó con la expresión “contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado”. Las propuestas de los párrafos 5, 6 y 7 se reunieron en uno solo y se agregó un párrafo 7 nuevo, fundamental, relativo a la no intervención en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados y que obliga tanto a la Organización como a sus miembros.

Respecto del uso de la fuerza, resulta interesante remitirse a lo expresado por el representante de Australia en la segunda sesión plenaria realizada en San Francisco<sup>6</sup>, que reseña adecuadamente opiniones de participantes distintos de las potencias invitantes. A su juicio, la Declaración de las Naciones Unidas incluía entre sus postulados “3. The eventual abandonment of the use of force, but in the meantime the immediate use of force to curb aggression”, lo que revelaba la confianza de su Gobierno en el futuro de la Organización. En su intervención, el delegado de Aus-

---

<sup>6</sup> UNCIO, Doc.20, P/6, 28 de abril de 1945.

tralia agregó que, como la paz y la seguridad son indivisibles, un sistema permanente de seguridad solo podría ser efectivo si estaba basado en la justicia económica y social. Debido a que las potencias tendrían la principal responsabilidad en el ejercicio conjunto del poder militar, su país estaba de acuerdo en que había que otorgarles los derechos y prerrogativas razonablemente necesarias para aplicar sanciones contra los agresores, de lo que se desprende su concordancia con el principio básico de proscribir el uso unilateral de la fuerza. Agregó que esos derechos y prerrogativas incluían el derecho de veto, pero este no era aplicable a las decisiones sobre la solución de conflictos por medios pacíficos. En esa misma oportunidad, el Ministro de Relaciones Exteriores de Bélgica expresó “Let the great powers be freely accepted as leaders...but let them also never forget that, less prone to trust strength because we lack it, we see in the respect for justice and right the supreme guaranty of our existence”.

En San Francisco, este reconocimiento del papel predominante que correspondía a las Potencias en el cumplimiento del objetivo primordial de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales fue la tónica general. En ese momento, los participantes tuvieron presente la pesada responsabilidad que habían asumido las potencias en el conflicto y seguramente no midieron las consecuencias que el ejercicio del derecho de veto tendría para el futuro de la Organización. En lo que respecta al compromiso de cooperación internacional en el ámbito económico y social, la Carta le reservó a las Naciones Unidas competencias de estudio, promoción y coordinación y entregó las competencias sustantivas a organismos especializados relacionados con las Naciones Unidas pero distintos de ellas<sup>7</sup>, decisión que no podía menos que dar lugar a duplicación de funciones.

Basándose en las enseñanzas del profesor Carrillo Salcedo, cuyo fallecimiento hemos lamentado recientemente, el profesor Pastor Ridruejo se refiere a las tres fases por las cuales habría pasado la Organización, la primera de las cuales fue la de la guerra fría, de enfrentamiento entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, período en que su acción se vio a menudo paralizada por el ejercicio del derecho de veto. A continuación vendría la etapa de la descolonización en la cual la Asamblea General aprobó dos importantes resoluciones: la Resolución 1514 (XV) sobre la

---

<sup>7</sup> Pastor Ridruejo (1996), op.cit. p.736.



concesión de independencia a los países y pueblos coloniales y la Resolución 2625 (XXV) mediante la cual el principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos se incorporó a los principios de derecho internacional relativos a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados. La tercera etapa correspondería a una nueva percepción de los fines y funciones de las Naciones Unidas en virtud de la cual se pondrían en marcha actividades operativas relacionadas no solo con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales sino con el logro del objetivo común del desarrollo y la Organización asumiría responsabilidades en el examen de problemas globales que afectan a la comunidad internacional en su conjunto.

A nuestro juicio, en esta tercera etapa se inicia una lectura nueva de la Carta que le añade a la Organización funciones que tornan crecientemente complejo el cumplimiento de su cometido primordial, que era –y es– el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales mediante la solución pacífica de las controversias y la aplicación de medidas colectivas eficaces. De esta manera, por legítimo que sea ocuparse de los demás propósitos consignados en el artículo 1 de la Carta, no solo se situaron todos los objetivos en un mismo nivel, en desmedro de su finalidad primordial, sino que tuvieron que destinarse a ello grandes recursos humanos y materiales, complicando su funcionamiento en una medida que no podía menos que afectar su rendimiento general. Ello no obstante que el término de la guerra fría le significó un alivio transitorio para el cumplimiento de sus funciones.

Cabe agregar que para Jiménez de Aréchaga<sup>8</sup> el hecho de que el párrafo 3 del artículo 1 de la Carta otorgue competencia a la Organización para ocuparse del “desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos”, alude a los derechos humanos en sí y no a problemas internacionales conexos con lo cual eleva la importancia de estos al plano internacional. Nuevamente se observa aquí una interpretación del contenido e intención de los fundadores que rebasa el sentido literal de las palabras, por mucho que las Actas resumidas del Comité I/1 de la Conferencia<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Jiménez de Aréchaga, Eduardo (1958), *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, p.45.

<sup>9</sup> UNCIO, Doc.343, I/1/16, de 16 de mayo de 1945.

dejan constancia de que en cuanto al principio de los derechos humanos “the comments in general reflected the Committee’s desire to be unstinting and painstaking in formulating a clear and strong statement of purpose. It was recommended...that the Assembly of the World Organization...be designated to draft a declaration of human rights...”. Indirectamente, esto indica la importancia de su inclusión en el Capítulo I.

### *1.2. Los órganos del sistema y su funcionamiento*

De acuerdo con las propuestas de Dumbarton Oaks, los órganos principales de la organización serían una Asamblea General, un Consejo de Seguridad, una Corte Internacional de Justicia y una Secretaría (a diferencia de los demás, no se trataba de un órgano colectivo, puesto que quien tendría las competencias sería una persona, el Secretario General). La Carta agregó a ellos el Consejo Económico y Social y el Consejo de Administración Fiduciaria. Pese a su importancia y a su estrecha vinculación con ella, los organismos especializados a que se refieren los Capítulos IX y X de la Carta no son reconocidos como órganos de las Naciones Unidas; en cambio, gracias a la insistencia de los Estados latinoamericanos, que se habían reunido previamente en México para acordar una línea de defensa que hiciera prevalecer el respeto por el sistema regional que habían creado, la Carta destinó un capítulo especial a los acuerdos u organismos regionales.

Si bien la idea de los fundadores fue dar preeminencia al Consejo de Seguridad estableciendo una clara división de funciones, en general, en San Francisco se logró equilibrar las competencias de ambos, de modo que la ampliación de las funciones de que fue objeto la Asamblea fue más bien implícita<sup>10</sup>. Así, en algunas disposiciones que podrían haber dado lugar a controversia, como los artículos 10 y 11, la Carta utiliza la expresión “la Asamblea *podrá*”, en vez de promoverá, recibirá, considerará, examinará, u otras. Por otra parte, el Capítulo IV de la Carta recoge las propuestas relativas a la composición, funciones y poderes, votación y

---

<sup>10</sup> Jiménez de Aréchaga (1958), op. cit., p. 193.

procedimiento de la Asamblea con las modificaciones apropiadas para aclarar o especificar mejor su sentido.

Aunque la Asamblea General se compone de Estados, como estos son representados por personas, se considera que es el órgano democrático por excelencia. De acuerdo con el artículo 10 de la Carta "...podrá discutir cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta y... podrá hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los Miembros de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad...". Según Jiménez de Aréchaga<sup>11</sup> este precepto es uno de los más importantes de toda la Carta y ha sido considerado como la primera de las grandes conquistas que se logró extraer de las Grandes Potencias en la Conferencia de San Francisco, puesto que consagra una competencia genérica de orden político. Por su parte, el artículo 11 párrafo 3 de la Carta establece que (la Asamblea) "podrá llamar a la atención del Consejo de Seguridad hacia situaciones susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales", con lo cual consagra su competencia supletoria en esta materia. Los dos primeros párrafos de la misma disposición le asignan otras funciones relacionadas con los principios generales de la cooperación en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, incluso aquellos que rigen el desarme y la regulación de armamentos, con la reserva de que podrá formular recomendaciones al respecto al Consejo de Seguridad, pero si la cuestión requiere acción, deberá remitírsela antes o después de haberla examinado.

En lo que toca al artículo 11, a que se ha hecho referencia, cabe destacar que en San Francisco el representante de los Estados Unidos expresó que en un comienzo había pensado que el primer párrafo incluiría una referencia específica a la revisión de los tratados, pero había abandonado la idea en favor de la redacción general de esa cláusula, puesto que habría sido incongruente crear una organización internacional basada en la integridad internacional y al mismo tiempo insinuar una falta de respeto por los instrumentos mediante los cuales funciona la integridad internacional, esto es, los tratados y que consideraciones relativas al bienestar general pueden recomendar que los tratados sean respetados y no revisados<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Jiménez de Aréchaga (1958), op. cit., p. 161.

<sup>12</sup> Kelsen, Hans (1966), op. cit., p. 212

A diferencia del caso de la Asamblea, en materia de composición, poderes, sistema de votación y procedimiento el texto de la Carta reproduce casi exactamente aquel de las propuestas sobre el Consejo de Seguridad, al punto que incluso resulta curioso que en el artículo 25, cuando establece que los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar las decisiones del Consejo de Seguridad, solo añade las palabras “y cumplir”. No sabemos si este detalle indica simplemente un deseo de mayor precisión o el de eliminar un posible motivo de conflicto.

Pero tanto las propuestas de Dumbarton Oaks como la Carta, tratan por separado lo relativo al arreglo pacífico de controversias y la segunda destina un capítulo, el Capítulo VII, a la acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión.

El tema más polémico, que al parecer en San Francisco no produjo rechazo, fue el derecho de veto de las grandes potencias, esto es, los 5 miembros permanentes, en el Consejo de Seguridad. Al parecer, se concibió en el supuesto de que ellas seguirían actuando juntas y proporcionaría los medios para vigilar la paz bajo la égida de las Naciones Unidas y no se previó que con el tiempo surgirían nuevas formas de ataque que echarían por tierra la estrategia para abordar la guerra y la paz<sup>13</sup>. De hecho, durante la guerra fría el veto paralizó la acción de la Organización y fue blanco de las mayores críticas como forma de regular el uso de la fuerza por las organizaciones internacionales y se ha utilizado para que las potencias puedan tener inmunidad ante los demás miembros del Consejo<sup>14</sup>. Sin embargo, para el profesor Díez de Velasco<sup>15</sup> el derecho de veto es una especie de salvavidas, una garantía de supervivencia de la Organización, puesto que de no existir se habría alterado el equilibrio institucional de carácter político acordado en Yalta y el Consejo de Seguridad habría podido valerse del Capítulo VII contra la potencia que estuviera en minoría en el Consejo. Su opinión es interesante en la medida en que es con-

---

<sup>13</sup> Franck, Thomas M. (1970), Who killed Article 2(4)? Changing norms governing the use of force by status, *AJIL*, Vol.64, N°5.

<sup>14</sup> Blanc Altemir, A. y Bénédicte Real, *La réforme du Conseil de Sécurité des Nations Unies: quelle structure et quelles membres*, RGDIP, 2006-4.

<sup>15</sup> Díez de Velasco, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo II, Organizaciones Internacionales, 6ª ed., Madrid, Tecnos, p.753.

traría a la impresión generalizada de que actualmente el veto es una institución anacrónica, que no puede justificarse. Para evitar sus efectos más nocivos, se ha propuesto limitar los casos en que es aplicable, esto es, prohibirlo cuando se trata de agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes, pero no ha habido acuerdo al respecto<sup>16</sup>.

### *1.3. El uso de la fuerza*

“Some wars will always have to be fought. National interest will demand it, or our common humanity will compel it. But every generation of political leaders seems to have to relearn that war, whatever the justice of the cause for which it is fought, is always ugly, always destructive, always the source of immense human pain and misery, and almost always produces unintended results....decision to go to war....should never be made with indifference to the formal rules of international law ...that ban or allow the use of military force”.<sup>17</sup>

El autor de esta cita fue ministro de relaciones exteriores de Australia de 1988 a 1996 y miembro del Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio nombrado por el Secretario General de las Naciones Unidas en 2003 para que, considerando que “nos encontrábamos en un momento decisivo para las Naciones Unidas y en particular para la aspiración proclamada en la Carta de proporcionar seguridad colectiva para todos” le “proporcionara una visión amplia y colectiva de la manera de avanzar hacia la solución de los problemas críticos con que nos enfrentamos”<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Véase Miljanovic, Morana y Davorin Lapás (2011) Reform of the United Nations, Contemporary and Economic Issues III. Este artículo contiene el análisis más actualizado que ha podido encontrarse acerca del tema.

<sup>17</sup> Evans, Gareth, Survival, Vol.46, N°3, Autumn 2004. Además de interesantes consideraciones relativas a la ampliación del alcance del artículo 51 de la Carta sobre la legítima defensa, el autor propone diversas medidas para fortalecer la acción colectiva en el uso de la fuerza.

<sup>18</sup> Doc. A/59/565, Nota del Secretario General.

En efecto, entre otras cosas, la globalización, el surgimiento de desafíos nuevos para la humanidad en materias como salud y medio ambiente y la coexistencia en medio de conflictos étnicos, religiosos y culturales intraestatales que desequilibran las posibilidades de alcanzar el desarrollo imponen al menos una reflexión conjunta por la comunidad internacional para tratar de concebir soluciones. Si la reflexión se basa en el análisis del instrumento jurídico con que ella cuenta, hay que comenzar por decir que, leídos en conjunto, el párrafo 1 del preámbulo y la primera parte del párrafo 1 del artículo 1 de la Carta revelan que el objetivo primordial para que fue concebida la Organización fue prevenir la guerra y mantener la paz y la seguridad internacionales. Lo confirma el hecho de que el Preámbulo no menciona la segunda parte del citado párrafo 1 relativo al arreglo de los conflictos por medios pacíficos, esto es, no lo reafirma como finalidad principal. Al respecto, Kelsen sostiene que “there is, unfortunately, no harmony in the ideas of the Charter and the words of the Preamble”<sup>19</sup>.

A nuestro parecer, la intención de la Carta es inequívoca en el sentido de que solo admite dos excepciones a la interdicción del uso de la fuerza: el artículo 51 de la Carta, que consagra el derecho a la legítima defensa y la adopción de medidas al respecto por el Consejo de Seguridad.

#### *1.4. La cooperación internacional en los campos económico y social*

De acuerdo con el Capítulo IX de las propuestas de Dumbarton Oaks, la función de facilitar la solución de los problemas internacionales económicos, sociales y humanitarios y promover el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales que crearían las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para el logro de relaciones pacíficas y amistosas entre los Estados correspondería a la Asamblea General y bajo la autoridad de esta a un Consejo Económico y Social. Este debería cumplir con las recomendaciones de la Asamblea General, formular recomendaciones por su propia iniciativa respecto de cuestiones económicas,

---

<sup>19</sup> Kelsen, Hans (1966), op. cit., p. 11.

sociales y humanitarias, examinar los informes que le presentaran las organizaciones económicas, sociales y otras conexas y coordinar sus actividades en consulta con ellas. Estas funciones fueron confirmadas en San Francisco y la Carta destinó dos Capítulos diferentes a este órgano, más conocido como ECOSOC. El Capítulo IX se refiere concretamente a la cooperación internacional económica y social y en su artículo 55 define las condiciones que debe promover para el logro de las relaciones deseadas entre los Estados. La amplitud de las funciones previstas sería inabordable, de no ser porque de acuerdo con el artículo 58 de la Carta el ECOSOC solo es responsable de coordinar la acción y cuando se trate de materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario y otras conexas, la parte operativa, esto es, la labor propiamente tal se entrega a los organismos especializados. Podría decirse entonces que sus funciones no corresponden a las de un órgano principal y se limitan a las de servir de centinela de las actividades que se llevan a cabo en el ámbito de los Propósitos y Principios de la Carta. Cabría entonces preguntarse por qué razón, al menos en el papel, la Carta atribuye tanta importancia al ECOSOC, puesto que en el Capítulo X define su composición, funciones y poderes, sistema de votación y procedimiento, situándolo de hecho en pie de igualdad con la Asamblea General o el Consejo de Seguridad. En vista de que la adopción de decisiones sobre cuestiones económicas internacionales ha salido del ámbito de las Naciones Unidas para radicarse en los mecanismos económicos de Bretton Woods, se ha dicho que una de las causas de la ineficacia del ECOSOC ha sido la descentralización, que ha producido la duplicación de los foros de negociación política sobre la misma materia con la consiguiente superposición de programas y de actividades.<sup>20</sup>

### *1.5. ¿Puede un órgano ser unipersonal?*

El artículo 7 de la Carta menciona la Secretaría como órgano principal de las Naciones Unidas, pero en realidad quien tiene las competencias

---

<sup>20</sup> Ver López-Jacoiste Díaz, Eugenia (2009), en Blanc Altemir, Antonio (ed.), El proceso de reforma de las Naciones Unidas, Madrid, Tecnos.

es el Secretario General. Por la proyección que pueden llegar a tener sus funciones es importante dedicarle unas líneas. En efecto, la Carta no solo señala que es “el más alto funcionario administrativo de la Organización” (artículo 97) sino que actuará como secretario general de todas las sesiones de los demás órganos excepto la Corte Internacional de Justicia y “desempeñará las demás funciones que le encomienden dichos órganos” (artículo 98). Adicionalmente, como responsable ante toda la Organización, esto es ante todos los miembros deberá rendir a la Asamblea General un informe anual sobre las actividades y, cabe destacar aquí, sus responsabilidades no cesan por el hecho de que un órgano u órganos no estén en condiciones de actuar, como por diversas razones ha solido suceder<sup>21</sup>. En suma, tiene una especie de tuición general sobre toda la Organización y las funciones que han delegado en él los demás órganos lo han convertido en pieza clave del funcionamiento de las Naciones Unidas. El éxito de su gestión dependerá de sus condiciones personales ya que deberá combinar adecuadamente el espíritu de iniciativa con la prudencia, suscitar confianza en su persona, en suma, saber practicar una “quiet diplomacy” en un medio político que puede ser desconfiado e incluso hostil. Existe la sensación de que su nombramiento es negociado en los pasillos, por lo que su transparencia es un elemento importante.

### *1.6. El Capítulo XVIII de la Carta*

Las instituciones no son inmutables y reconociéndolo, muchos instrumentos jurídicos que las crean contemplan la forma de adecuarlas y modificarlas. Es lo que hacen los artículos 108 y 109 de la Carta. El primero de ellos se refiere a las reformas y el segundo a la revisión, de lo cual se deduce que las primeras se refieren a modificaciones puntuales, como de hecho lo fue por ejemplo la ampliación a 15 del número de miembros del Consejo de Seguridad; en cambio, cuando se trate de cambios de fondo, lo que procede es la revisión.

Ambas disposiciones son igualmente rígidas: la aprobación de las reformas exige el voto de las dos terceras partes de los miembros de la

---

<sup>21</sup>Ver Virally, Michel (1972), *L'Organisation mondiale*, París, A. Colin.



Asamblea General y la ratificación por los respectivos procedimientos constitucionales de las dos terceras partes de los Miembros de las Naciones Unidas, incluidos todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Por su parte, la revisión de la Carta exige la celebración de una Conferencia General que deberá ser recomendada por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea General y de cualesquiera nueve miembros del Consejo de Seguridad.

Uno podría preguntarse qué sentido tuvo hacer tan difícil modificar la Carta y lo primero que se piensa es que, para que fuera perdurable, los creadores tuvieron la intención de que fuese hermética. La lectura de las actas de la Conferencia de San Francisco revela que el tema preocupó a varios representantes: así el delegado de Canadá expresó que “Our sole preoccupation *in any amendment* which we may put forward or support *at a later stage* (cursiva nuestra) will be to help in creating an organization which over the years and decades to come will be strong enough and flexible enough to stand any strains to which it may be subjected”, mientras que el representante de Australia señaló que “... nor must we allow the possibilities of improvement later to be obstructed by adopting too rigid a constitutional form”. Ambas intervenciones revelan que se tuvo conciencia de que tarde o temprano el instrumento que aprobaran tendría que ser objeto de cambios; sin embargo, al establecer el derecho de veto precisamente permitieron la rigidez, ya que en la práctica cualquiera de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad puede hacer que el instrumento sea inmutable.

Para Kelsen<sup>22</sup> la finalidad del artículo 109 fue establecer un procedimiento de enmienda que resultara más sencillo que el del artículo 108, pero la verdad es que no hay grandes diferencias entre ellos, puesto que la Conferencia General a que alude el artículo 109 tiene requisitos similares. En nota de pie de página, este autor cita una opinión que a nuestro juicio es vital para entender el pensamiento de las grandes Potencias en esta materia: “El delegado de la Unión Soviética declaró en el Comité I/2<sup>23</sup>: ‘that his delegation was opposed to facilitating the convocation of such a conference for which *there might be no need in the future*’

---

<sup>22</sup> Kelsen, Hans (1966), op. cit., p. 817.

<sup>23</sup> UNCIO, Doc.1052, I/2/71.

(cursiva nuestra). Explicó la actitud de su delegación como ‘the desire expressed by many delegations *to use such a conference to destroy the veto power* (cursiva nuestra). He believed that such a conference would also be used to threaten the unanimity of the major powers’.

Si se tiene en cuenta la trayectoria de las Naciones Unidas desde su creación, lo anterior no es lo único que sorprende respecto del Capítulo XVIII de la Carta. En diversas oportunidades la Organización ha previsto la realización de reuniones para examinar los avances respecto de lo acordado en una conferencia determinada y así lo ha hecho (por no mencionar sino un caso, la Cumbre Mundial para revisar los logros alcanzados respecto de los Objetivos del Milenio). ¿Por qué no se ha realizado nunca la Conferencia General a que alude el artículo 109 de la Carta, en especial si en su párrafo 3 establece claramente que si ella no se ha celebrado antes de la décima reunión anual de la Asamblea General después de entrada en vigor la Carta, su convocatoria “será puesta en la agenda de dicha reunión ... y la Conferencia será celebrada si así lo decidieren la mayoría de los miembros de la Asamblea General y siete miembros cualesquiera del Consejo de Seguridad”, esto es, sin que la decisión esté expuesta al veto. Según señala Díez de Velasco<sup>24</sup> en el décimo período de sesiones de la Asamblea General se cumplió con la indicación de incluirla en la agenda, pero no se decidió la convocatoria de la Conferencia sino que se optó por crear un Comité de Preparativos para estudiar la cuestión, que fue renovándose hasta 1965, por lo cual se encomendó al Secretario General que invitara a los Estados miembros a que le comunicaran sus observaciones al respecto. Finalmente, en virtud de la Resolución 3499 (XXX) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1975, se estableció el Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del Fortalecimiento del Papel de la Organización, que se ha ocupado de este tema, así como de los de la racionalización de los procedimientos establecidos de las Naciones Unidas y del mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.

La invitación del Secretario General a que los gobiernos de los Estados miembros le enviaran sus sugerencias respecto de la revisión no tuvo una acogida universal, pero entre los que se pronunciaron, un grupo fue

---

<sup>24</sup> Díez de Velasco, M. (1988), op.cit. p.79.

contrario a la revisión; un segundo se opuso a una revisión general pero fue partidario de introducir enmiendas específicas y un tercero se mostró favorable a la revisión. En especial, cabe recordar lo consignado en las Actas de San Francisco<sup>25</sup> “The members of the Committee favouring a specific time limit for the calling of the conference felt that *if the Organisation were to endure, it should be scrutinized after a number of years* (cursiva nuestra) and modified, if necessary, in the light of its experience and the situation then prevailing. It was emphasized that provision for a special conference did not mean that the Organisation established now would be temporary but, on the contrary, that *in order to be an effective and lasting mechanism* (cursiva nuestra) it should be inspected and revised in those parts which had not proved efficient”<sup>26</sup>. Estas observaciones son tan claras que no creemos necesario expresar nuestra extrañeza por el hecho de que no se haya cumplido con una disposición a todas luces necesaria.

Si 50 Estados convinieron en que la Organización era perfeccionable, transcurridos tantos años desde su creación y funcionando ella en un escenario radicalmente diferente, con mayor razón debería pensarlo así la gran mayoría de los 193 Miembros actuales. No obstante que para hacer efectiva una enmienda no solo se necesita su ratificación por los sistemas constitucionales de dos tercios de los Miembros de las Naciones Unidas, incluidos todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, cuesta comprender la inercia de los Estados miembros en este tema. Por cierto, con esto no resolvemos otros problemas accesorios: quién puede controlar la legalidad del proceso de ratificación de cada Estado miembro, cuestión en que podríamos entrar fácilmente en una violación del artículo 2 n° 7, y cómo se informará a la Organización que un Miembro ha ratificado una enmienda. Y como los sistemas de ratificación generalmente involucran la intervención del poder legislativo, lo que en algunos casos puede tardar años, adicionalmente habría que fijar un plazo para la ratificación. Pero, como se dijo, estas cuestiones son accesorias y lo importante es que en rigor se ha rebasado con mucho el plazo en que la Carta debería haber sido objeto de una revisión de fondo y los Estados

---

<sup>25</sup> UNCIO, Doc.1154, I/2/73.

<sup>26</sup> Kelsen, Hans (1966), op.cit. p.819.

miembros de la Organización, que en virtud del párrafo 2 del artículo 2 de la Carta “cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta” deberían dar muestras de su voluntad política de hacerlo.

### **Por qué hablar de crisis del sistema**

Han pasado largos 67 años desde que se crearon las Naciones Unidas. La paz sigue siendo el anhelo de todos pero a lo largo de este tiempo el mundo ha evolucionado, han variado no solo las formas en que lo entendemos sino el número de actores que intervienen activamente en él y el tipo de problemas que hay que enfrentar. El vertiginoso progreso de la ciencia no ha impedido que el mundo se vea acosado por pandemias, degradación ambiental, terrorismo y otras lacras que amenazan a la humanidad. Entonces cabe preguntarse qué hacer con una organización que nació para acabar con las guerras cuando día por día nos llegan noticias de conflictos nuevos o prolongación de otros y millones de seres humanos son desplazados de su tierra de origen y sobreviven apenas o mueren abatidos por armas manejadas por sus propios hermanos. Como la Organización es de vocación universal se le reprocha que es ineficaz porque ha sido incapaz de resolver todos los problemas que enfrenta la humanidad que directa o indirectamente se relacionan con su cometido principal. Incluso se la ha tachado de corrupta. Por ejemplo, se ha dicho que no fue capaz de formar consenso oportunamente sobre si debería haberse utilizado la fuerza para hacer cumplir las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre Irak y que no logró impedir que los Estados Unidos y una coalición de naciones invadieran el país sin autorización del Consejo de Seguridad. Fracasó en Bosnia y en Rwanda; antes de que hiciera algo en Darfur permitió que murieran miles de personas<sup>27</sup>; aún no logra detener la destrucción en Siria y en los momentos de escribirse estas líneas no se sabe si podrá impedir que Corea del Norte se desista de una aventura nuclear.

---

<sup>27</sup> Yoo, John C., *Force Rules: UN Reform and Intervention*, Chicago Journal of International Law, Winter 2006; 6,2.,p.641.

No hay guerra fría, pero aumenta la tendencia a que las potencias hagan uso unilateralmente de la fuerza o formen coaliciones espurias para defender sus propios intereses, invocando la responsabilidad de proteger o, peor aún, usando la bandera de la intervención humanitaria. En otras palabras, el sistema de seguridad colectiva nacido por voluntad común tras una cruenta guerra mundial puede considerarse letra muerta. Desde este punto de vista, efectivamente podría decirse que el sistema está en crisis y que de nada sirve reunirse en costosas conferencias para reformarlo si subsisten las causas fundamentales que la provocaron. Porque mientras exista el derecho de veto no podrán inventarse fórmulas para superar su ineficacia y mientras los males que afectan sus raíces impiden que se alcance el propósito fundamental de su existencia, la Organización se limita a seguir realizando estudios y asumir compromisos para resolver problemas relacionados con sus demás objetivos, como son la cooperación internacional y el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, como los dispone el artículo 1, párrafo 3 de la Carta. Es cierto que el tema de la reforma ha sido objeto de discusión desde un comienzo y, como señala Alexandra Novoseloff<sup>28</sup>, en él han predominado tres tendencias diferentes, una de ellas partidaria de racionalizar su actuación, siempre dentro del marco de la Carta, la segunda favorable a reducir la Organización al mínimo y la tercera, que propone sustituirla por una que sea de “tercera generación”. Ninguna de estas tendencias pretende que la Organización desaparezca, pero todas plantean el problema de su adaptación a los retos globales y a la realidad del siglo XXI. Lo importante es lograr que la organización que subsista efectivamente satisfaga las necesidades de la comunidad mundial.

### **Propuesta a manera de conclusión**

Visto que supuestamente ha fracasado en su objetivo fundamental, cabría preguntarse si el mundo necesita de las Naciones Unidas. No pue-

---

<sup>28</sup> Novoseloff, Alexandra, La reforma de las Naciones Unidas. La anticipación y la prevención como objetivos principales, *Afers Internacionals*, N° 51-52, pp.205-227.

de negarse que la Organización ha tenido éxitos, pero a menudo ha intervenido de manera tardía o las medidas que ha aplicado han sido insuficientes. Por esta razón se han hecho reiterados llamamientos a reformar la estructura del sistema. Sin embargo, la mayoría de las propuestas han puesto el acento en la reforma del Consejo de Seguridad, en circunstancias de que no es un secreto que los cinco Estados Miembros permanentes nunca renunciarán a su derecho de veto y esa es la peor piedra que el sistema tiene en su zapato. Sin embargo, para Valcárcel y Sánchez Terán<sup>29</sup> más urgente que la reforma del Consejo de Seguridad es que haya un protocolo claro aplicable al uso de la fuerza y abogan por que se establezca una fuerza propia, que pueda movilizarse rápidamente. En todo caso, considerando las complejidades del contexto en que se desenvuelve actualmente la Organización, así como su evidente crisis, creemos que no tiene sentido limitarse a proponer nuevas fórmulas para tratar de ajustarla a la realidad.

Cuando se quiere atajar las críticas, se dice que la Organización no puede hacer más que lo que sus gobiernos Miembros quieren. Pero para una comunidad internacional deseosa de paz y de justicia, esa no es una explicación valedera: si hemos de conservar alguna fe en el futuro de la humanidad, estamos obligados a encontrar una salida. A nuestro juicio, ella no se encuentra en una simple reforma de la Carta sino en un replanteamiento total del sistema, que rescate lo positivo y reemplace lo que ha resultado ineficaz. Ha llegado el momento de que la comunidad internacional demuestre que tiene la voluntad política necesaria para actuar antes de que se produzca la guerra mundial que se quiso evitar al crear las Naciones Unidas. No estamos de acuerdo en que ello pueda lograrse mediante una “reinterpretación creativa” de la Carta constitutiva<sup>30</sup>. Por el contrario, nuestra impresión es que los creadores de la Organización nunca pensaron en esa posibilidad, puesto que el logro de sus propósitos dependía mucho del cumplimiento disciplinado de las obligaciones impuestas y la discrecionalidad en la interpretación de estas no podía menos que

---

<sup>29</sup> Valcárcel, Darío y Gonzalo Sánchez Terán, *La reforma de la ONU y los Objetivos del Milenio*, Política Exterior, 105, mayo/junio 2005.

<sup>30</sup> Franck, Thomas M., *Collective Security and UN Reform: Between the Necessary and the Possible*, Chicago Journal of International Law, Winter 2006; 6,2.

debilitarla. Pensamos más bien en una Organización nueva, basada en la actual pero estructurada en torno a las realidades y problemas de hoy.

A la hora de reconducir las Naciones Unidas hacia sus objetivos originales, que siguen siendo primordiales, creemos que lo acertado es reconocer sus logros pero replantear totalmente el sistema. Convocar la conferencia de revisión prevista en la Carta en vez de crear comisiones de estudio de cuestiones puntuales. Por cierto la tarea no será fácil. No queremos ceder a la tentación de sugerir líneas para realizar este replanteamiento, porque ello rebasaría ampliamente las posibilidades de estos párrafos, pero recuperada la fe en que dentro de la Organización hay una reserva de eficacia que ha permitido el avance del programa de desnuclearización de Irán, creemos que vale la pena tratar de reencaminar a las Naciones Unidas por la senda que le corresponde: ser adalid y custodia de la paz y la seguridad de la humanidad.





# NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA INMUNIDAD DEL ESTADO

J. Alejandro CONSIGLI

## I. Introducción

El estudio y la investigación del derecho internacional no pueden dejar de considerar los intereses del propio país y las situaciones por las que atraviesa. La inmunidad de jurisdicción y la de ejecución del Estado, son cuestiones candentes en Argentina, debido a en buena medida a intereses que se proyectan en el tiempo, ligados a los reclamos de bonistas que no entraron en el canje de la deuda soberana no honrada por Argentina a partir del año 2002, y a las situaciones coyunturales suscitadas a partir de esas demandas.

Por otra parte, la historia argentina con relación al respeto de los derechos humanos y el sometimiento a procesos judiciales de quienes los violaron, tiene directa conexión con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, que a su vez está vinculada a la inmunidad del Estado, según veremos.

Por estos motivos, resulta oportuno y atrayente centrarnos en las nuevas perspectivas de las inmunidades del Estado.

El plan que seguiremos es el siguiente: en primer término repasaremos de manera breve los conceptos fundamentales acerca de la inmunidad de jurisdicción, con la convicción de que son bien conocidos, y de que solo hace falta recordar el encuadre general. Seguidamente abordaremos, de manera sintética, la situación de la inmunidad del Estado en la jurisdicción de algunos países, en la jurisprudencia internacional y en la costumbre internacional, tomando como referencia para esta última a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales

de los Estados y sus bienes. Pese a que este tratado no ha entrado en vigor todavía, constituye el marco jurídico internacional de referencia en materia de inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado. Luego trataremos el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios. Finalmente, con base en aquel material jurisprudencial y normativo, trazaremos las que son, a nuestro juicio, las nuevas perspectivas que se abren en la interpretación y aplicación de la inmunidad del Estado.

## II. Brevísimos repaso de los conceptos fundamentales

Como dijimos, aún dando por supuestos los conocimientos medulares referidos a la inmunidad de los Estados, haremos una muy acotada revisión de los mismos con el fin de enmarcar adecuadamente los posteriores comentarios.

La institución de la inmunidad está enraizada en el principio de igualdad soberana de los Estados, principio bien establecido en el derecho internacional actual<sup>1</sup>. Siendo iguales todos los Estados, ninguno de ellos podrá ejercer jurisdicción por medio de sus órganos sobre un Estado extranjero sin su consentimiento. La máxima *par in parem non habet imperium* no está cuestionada en sus últimos fundamentos, aunque, como veremos, su aplicación en los hechos se ha relativizado. Esto, más allá de la obligación del Estado extranjero de respetar la legislación del Estado en donde actúa, puesto que el blindaje de la inmunidad no es una excusa para que los Estados operen de manera desbocada, sino una garantía para su actuación soberana e independiente<sup>2</sup>.

Desde mucho tiempo atrás, el Estado ha gozado de una inmunidad de jurisdicción absoluta, es decir, en ningún caso podía verse sometido a los tribunales de otro Estado. Esto ha evolucionado y en la actualidad se admite una inmunidad restringida que implica que, en ciertos supuestos,

---

<sup>1</sup> Sin ir más lejos, se verifica en la Carta de las Naciones Unidas, art. 2.1.

<sup>2</sup> Para encontrar una fundamentación más extensa se puede recurrir a Silberberg, Cecilia I. "Inmunidad de Jurisdicción en la legislación argentina". Disponible en <http://sanabria.derecho.unc.edu.ar/archivo/intpublico/rec-silberberg.pdf> Fecha de consulta 24/07/2013

un Estado extranjero sí puede ser llevado ante la jurisdicción de otro. Para ello se ha recurrido a la distinción entre las actividades soberanas (*acta iurii imperii*) y las actividades privadas (*acta iure gestionis*). En las primeras, el Estado tiene inmunidad, no así en las segundas. Esta concepción está actualmente recogida en muchas legislaciones internas, aunque existen algunos órdenes normativos internos en los que prima la concepción absoluta de la jurisdicción. Afirma Gutiérrez Espada: “La tendencia hacia una inmunidad más restrictiva resulta lógica a la vez que necesaria, puesto que desde la primera mitad del Siglo XX los Estados han incrementado notablemente su actuación en ámbitos antes reservados únicamente al desempeño privado: alquilan, venden, compran, emplean personal y se desempeñan como empresarios, por lo que sería injusto que la detentación de condición estatal impidiera que sean demandados ante los tribunales, pues se suscitara una evidente posición de desigualdad respecto de sus co-contratantes particulares”<sup>3</sup>.

Aceptada la posibilidad de demandar a los Estados, surge el problema de cómo establecer si una cierta actividad queda cubierta o no por la inmunidad de jurisdicción. El criterio habitual para dilucidar la cuestión ha sido, según se ha indicado anteriormente, el de distinguir entre los actos *iure imperii* (actos oficiales, de ejercicio del poder público) y los actos *iure gestionis* (los que podría ejecutar también una persona privada). Pero esta distinción no resulta siempre fácil, consistiendo el problema principal en seleccionar el criterio concreto a utilizar (naturaleza, finalidad del acto...). Para salvar este problema en los últimos avances convencionales se tiende a enumerar los actos que se consideran de gestión y en los que -por tanto- no puede hacerse valer la inmunidad de jurisdicción; es lo que hacen, por ejemplo, el Convenio Europeo sobre la inmunidad de los Estados de 1972 y la Convención sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes del año 2005<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Gutiérrez Espada Cesáreo. “La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)”. En “Cuadernos de Derecho Transnacional” (octubre 2011). Vol 3. N. 2. P. 147.

Disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/issue/view/307>. Fecha de consulta: 22/07/2013.

<sup>4</sup> Cfr. *Ibid.* P. 148

Si es posible demandar a un Estado extranjero en ciertos supuestos sin que éste resulte protegido por la inmunidad de jurisdicción, el interrogante siguiente es si, en caso de que resultara condenado ante los tribunales, sería posible ejecutar dicha sentencia o si, por el contrario, goza de inmunidad de ejecución. La tendencia predominante ha sido la de marcar una patente diferenciación entre ambas modalidades de inmunidad, de manera que sea posible que un tribunal tenga jurisdicción respecto de actividades no soberanas de un Estado extranjero, pero pueda verse impedido de permitir medidas de ejecución contra cualquiera de sus bienes. En los hechos, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no se estima como automáticamente aplicable a la de ejecución. De cualquier manera, hoy se admite que la inmunidad de ejecución tampoco es absoluta, por lo que serían aplicables las medidas de ejecución forzosa tomadas por los tribunales contra un Estado extranjero para ejecutar una sentencia condenatoria, aunque con ciertas restricciones. La más habitual es que los bienes de ese Estado objeto de dichas medidas estén destinados a una actividad *iure gestionis*, no pudiendo llevarse a cabo contra bienes afectados a la realización de actividades propias del poder público, esto es, *iure imperii*<sup>5</sup>.

### **III. Síntesis del estado de la cuestión en la jurisprudencia y en la costumbre internacional**

#### *1. Jurisprudencia nacional*

En las jurisprudencias internas, no es fácil reconocer una línea uniforme en lo relativo a la inmunidad de jurisdicción de los Estados aunque, en general, los anteriormente expuestos como estatutos fundamentales de la institución con su tendencia a cierta relativización, son mayoritariamente recogidos.

En el caso de bienes, y limitándose a la cuestión de la deuda impaga de la Argentina, el juez Griessa en Nueva York ha establecido en numero-

---

<sup>5</sup> Cfr. *ibid*

sas oportunidades que Argentina renunció a la inmunidad de jurisdicción por ante algunos tribunales de Estados Unidos, y también que la toma de la deuda es un acto de tipo comercial. En cambio, la Corte Suprema de Casación de Italia -en el caso Borri<sup>6</sup> - y la Audiencia Provincial de Madrid -en el caso Pérez Célis<sup>7</sup> - han encontrado que frente a la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, prevalecían las posteriores leyes de reestructuración del pago de la deuda, que habían sido dictadas en una situación de emergencia para atender a necesidades de subsistencia de una comunidad organizada y que constituían actos *iure imperii* respecto de los cuales la inmunidad no había sido renunciada.

En cuanto a la inmunidad de ejecución, varias acciones intentadas por acreedores impagos y con sentencias firmes contra bienes del Estado argentino en Estados Unidos, fueron rechazadas por no caer bajo las excepciones previstas en la *Foreign Immunity Sovereign Act*, al no ser bienes destinados a un fin comercial, evidenciándose que los tribunales norteamericanos daban un interpretación restringida a la noción de actividad comercial y a la conexión con ella de los bienes<sup>8</sup>.

También en relación a la inmunidad de ejecución, la Corte Constitucional Federal de Alemania definió que no existe una regla de derecho internacional público acorde a la cual una renuncia general a la inmunidad sea suficiente para renunciar también a la inmunidad de ejecución con respecto a las cuentas de las misiones diplomáticas extranjeras en los Estados del Foro<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Casación de Italia “Borri, Luca c. República Argentina”, Decisión del 27 de mayo de 2005.

<sup>7</sup> Don Julián Pérez Celis y Doña Angela Ramos Lozano contra República Argentina, Auto del 19 de septiembre de 2007 de la Audiencia Provincial de Madrid y Resolución del Juzgado de -Primera Instancia N° 40 de Madrid, del 5 de febrero de 2007.

<sup>8</sup> Por ejemplo - Us District Court N.D California “Colella, Michele and Dussault, Denise v. The Republic of Argentina”, Orden del 29 de mayo de 2007; y - Us District Court Of The District Of Columbia “Nml Capital LTD v. The Republic of Argentina”, Memorandum Opinion, 3 de agosto de 2005.

<sup>9</sup> Ver - Corte Constitucional Federal de Alemania, “Scheck, Lydia v. The Republic of Argentina”. Decisión del 6 de diciembre de 2006.

En los casos relativos a derechos humanos fundamentales y violaciones graves del derecho internacional humanitario, los casos *Distomos*<sup>10</sup> -en Grecia- y *Ferrini*<sup>11</sup> -en Italia- han sido proverbiales. En concreto, en este último la Corte italiana entendió que no cabía defender la inmunidad de un Estado extranjero por actos constitutivos de crímenes de guerra, alegando que si la responsabilidad penal del funcionario que comete crímenes internacionales es una excepción a la norma que le otorga inmunidad, lo mismo debiera aplicarse para el Estado. Sin embargo esta sentencia no tuvo repercusión en la jurisprudencia de otros países en tópicos análogos. Así, en Francia se reconoció la inmunidad de jurisdicción de Alemania ante demandas de particulares por comisión de crímenes de guerra durante la Segunda Guerra Mundial, en las que se dejaba abierta a la víctima, sin embargo, la posibilidad de acudir a los tribunales alemanes (p.ej. caso *Boucheron*). En otros Estados como Canadá, el Reino Unido y Nueva Zelanda, los tribunales llegaron a sentencias similares<sup>12</sup>. Parecería que la inmunidad de ejecución está aún sólidamente arraigada, pese a los avances que la dignidad del ser humano ha logrado en otros campos del derecho internacional.

## 2. *Jurisprudencia internacional*

La Corte Europea de Derechos del Hombre ha mantenido una posición restrictiva en cuanto al levantamiento de la inmunidad de jurisdicción. Por ejemplo, en el caso “*Fogarty v. Reino Unido*”, la Corte indicó que aunque el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos tiende a asegurar el acceso a la justicia, son aceptables restricciones parciales a dicho acceso aceptadas por la comunidad internacional, entre ellas las referidas a la inmunidad de jurisdicción de los Estados. Y en el

---

<sup>10</sup> Ver Hellenic Supreme Court, “*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*”, case 11/2000, Decisión del 4 de mayo del 2000 (caso *Distomos*).

<sup>11</sup> Ver Corte de Casación De Italia, “*Ferrini v. Federal Republic of Germany*”, Decisión 5044/04, del 11 de marzo de 2004.

<sup>12</sup> Para mayores detalles y datos, cfr. Gutiérrez Espada, op.cit. pag. 166 y sus notas.

asunto “Al Adsani vs. Reino Unido”, pese a reconocer el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, entendió (por nueve votos contra ocho) que no aprecia que en los instrumentos internacionales, las decisiones judiciales o los otros documentos en su poder, ningún elemento sólido que le permitiera sostener que en materia de Derecho Internacional un Estado ya no goza de inmunidad frente a una acción civil ante los jueces y tribunales de otro Estado ante los que se formulen alegaciones de tortura<sup>13</sup>.

Más recientemente, en el caso Kalogeropoulos y otros, en el que los afectados en el caso Dístomo ante el reconocimiento por los tribunales griegos de la inmunidad de ejecución de Alemania demandaban a Grecia y a Alemania, la Corte Europea de Derechos Humanos ha reiterado que en la actualidad el Derecho Internacional no admite que los Estados no puedan pretender gozar de inmunidad en caso de acciones civiles por daños “lo que no excluye un desarrollo del Derecho Internacional consuetudinario en el futuro”<sup>14</sup>.

Es de obligada referencia el fallo de febrero del año 2012 de la Corte Internacional de Justicia, en el asunto “Inmunidad Jurisdiccional del Estado. Alemania v. Italia (Grecia interviniente)”. La Corte decidió que Italia había violado su obligación de respetar la inmunidad reconocida a la República Federal de Alemania por el derecho internacional, al admitir las acciones civiles intentadas contra ella por violaciones al derecho internacional humanitario durante el Reich alemán entre 1943 y 1945. Declaró también que la República italiana había violado su obligación de respetar la inmunidad reconocida a la República Federal de Alemania por el derecho internacional, al adoptar medidas de ejecución forzada sobre la Villa Vigoni y al declarar la ejecutoriedad en su territorio de las decisiones judiciales griegas sobre la violación del derecho internacional humanitario en Grecia por el Reich alemán. Finalmente indica a las decisiones de sus tribunales. Italia que debía promulgar una legislación apropiada o recurrir a otro medio de su elección a los fines de privar de efecto a las decisiones de sus tribunales<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Asunto Al-Adsani v. UK, 21 de noviembre de 2001 (nº 35763/97, 2001-XII). Cit. por Gutiérrez Espada, op. cit. p. 165

<sup>14</sup> Cfr. Gutiérrez Espada, *ibid*, p. 167.

<sup>15</sup> Para más detalles ver Mastaglia, Gabriela Teresita: “Inmunidad de Estado: Comentario a La Sentencia de La Corte Internacional de Justicia Recaída en el caso

En la ocasión, los principales criterios adoptados por la CIJ en cuanto a inmunidad de jurisdicción son los siguientes:

- a) Determina que existe una práctica generalizada por la que se admite el derecho de inmunidad de jurisdicción de los Estados, y que se trata de una práctica procesal que no juzga sobre la legalidad o ilegalidad de los hechos.
- b) Confirma que la inmunidad de jurisdicción no es absoluta y que debe distinguirse entre *acta iure imperii* y *acta iure gestionis*.
- c) La Corte considera que el derecho internacional consuetudinario establece el reconocimiento de la inmunidad del Estado aún en aquellos casos en que las fuerzas armadas u otros órganos de aquel son acusados de haber cometido en el territorio de otro Estado actos que den origen a la responsabilidad por daños en el curso de un conflicto armado.
- d) Concluye que la inmunidad de jurisdicción del Estado es aplicable aún en casos en que se acusa al Estado de graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional de los conflictos armados.
- e) Establece que la regla de inmunidad de jurisdicción del Estado no puede ser dejada sin efecto aún cuando en el procedimiento seguido contra aquel se invoquen violaciones a normas de *ius cogens*.
- f) Afirma que la inmunidad de ejecución de la que gozan los Estados en relación a sus propiedades situadas en territorio extranjero va más allá de la inmunidad de jurisdicción de la que gozan esos mismos Estados ante los tribunales extranjeros, y aún cuando la inmunidad de jurisdicción haya sido renunciada o no sea oponible, de ello no se sigue que ipso facto los bienes del Estado condenado ubicados en el territorio de otro Estado pueden ser sometidos a medidas de ejecución.

---

'Inmunidad Jurisdiccional del Estado'. En *Ars Boni et Aequi* › Vol. 8 Núm. 2, Agosto 2012. Disponible parcialmente en <http://doctrina.vlex.cl/vid/inmunidad-comentario-jurisdiccional-420312954>, accedida el 23 de julio de 2013.



Como se puede observar, el criterio de la mayoría de la Corte es que el derecho consuetudinario otorga a los Estados una cobertura muy amplia mediante la inmunidad de jurisdicción y la de ejecución<sup>16</sup>.

*3. Perfil de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes*<sup>17</sup>.

Se puede afirmar que esta Convención abierta a la firma el 17 de enero de 2005 y que aún no está en vigor pues no ha obtenido las 30 ratificaciones necesarias, recoge el derecho consuetudinario vigente en materia de inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución.

La Convención parte del principio de que todos los Estados gozan, para sí y para sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otros Estados, aunque con excepciones: las transacciones mercantiles, ciertos casos de contratos laborales, las acciones de indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes causados por un acto u omisión atribuible al Estado bajo ciertas circunstancias, en los procesos para determinar los derechos u obligaciones de un Estado extranjero respecto de bienes muebles e inmuebles situados en el territorio del Estado del foro, o referidos a los derechos de un Estado extranjero en temas de propiedad industrial o intelectual, o vinculados a la participación del Estado extranjero con sujetos privados en sociedades o en torno a la explotación de un buque utilizado para fines no oficiales o relativos a un convenio de arbitraje.

Todo Estado tiene el deber de abstenerse de ejercer su jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado, teniendo incluso que velar porque sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado. La inmunidad de jurisdicción

---

<sup>16</sup> Para un análisis más amplio de la sentencia, véase *ibid* nota anterior, y también p.ej. Keitner Chimène I. “Germany v. Italy: The International Court of Justice affirms principles of State Immunity”. En ASIL Insights, February 14, 2012. Volume 16. Issue 3.

<sup>17</sup> A/Res/59/38. Disponible, entre otros sitios, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/478/57/PDF/N0447857.pdf?OpenElement>, accedido el 23/7/2013.

puede ser objeto de renuncia por el Estado en cuestión, tanto expresa como tácita.

La Convención acepta un concepto de inmunidad de ejecución restringida, aunque las excepciones a esta inmunidad no lleguen tan lejos como en el caso de la jurisdicción. Se establece una distinción entre las medidas coercitivas anteriores al fallo -de tipo cautelar- y aquellas que se adoptan con posterioridad al mismo y atienden a la ejecución de la sentencia. En relación con las primeras, las medidas coercitivas están prácticamente excluidas, a menos que el Estado extranjero las consienta expresamente o cuando haya asignado bienes para satisfacer la demanda; en cuanto a las medidas de ejecución de la sentencia, estas pueden adoptarse, además de cómo en el caso anterior, sobre todo bien del Estado extranjero que cumpla tres exigencias: utilización o destino específico por el Estado para fines distintos de los oficiales de carácter no comercial, que se encuentren en el territorio del Estado del foro y que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya iniciado el proceso.

Se puede decir mucho más acerca de esta Convención, pero en mérito a la brevedad plantearé unos pocos puntos que posiblemente necesiten de mayores precisiones, las que posiblemente sean aportadas por la jurisprudencia: a) la Convención admite que cuando la transacción sea realizada por una empresa estatal u otra entidad creada por un Estado que tenga personalidad jurídica propia y capacidad, el Estado podrá protegerse con la inmunidad. Pero también admite el “levantamiento del velo” de esa empresa o entidad para averiguar, en caso de incumplimiento, en qué medida el Estado está presente en la misma: ¿cuál será el alcance de ese “levantamiento”?; b) el artículo 12 de la Convención impide, bajo ciertas condiciones, acudir a la inmunidad de jurisdicción ante acciones por daños debidos a muerte o lesiones a una persona: ¿se aplicará también al daño moral?, ¿será oponible también a daños producidos por fuerzas militares, o habrá que pactar expresamente que las mismas están excluidas?, ¿o habrá que interpretarla a la luz del fallo de la CIJ sobre inmunidad de los Estados que dice expresamente que no hay norma consuetudinaria que impida oponer la inmunidad de jurisdicción por hechos del Estado que causen muerte, lesiones o daños?; c) el artículo 19 permite las medidas de ejecución contra bienes que tengan un “nexo” con el asunto, vínculo por cierto más abarcativo que la propiedad o la posesión, pero ¿cuánto más?; d) el artículo 26 sujeta las disposiciones de esta Convención a otros sobre inmunidad que puedan haber sido pactadas en otros

Tratados ¿cómo será el juego que, en definitiva, quieran darle los Estados y le den los jueces cuando surjan controversias al respecto?

#### **IV. Un asunto vinculado: el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado bajo estudio de la CDI.**

Se podrá decir, no sin razón, que este tema difiere del que venimos tratando por dos motivos: a) no se refiere a la inmunidad del Estado sino a la de sus funcionarios; b) no se trata de inmunidad de jurisdicción y ejecución en el fuero civil, sino en el penal. Sin embargo, el Estado ejerce sus “funciones” a través de sus “funcionarios”, por lo que el levantamiento de la inmunidad de los mismos afecta directamente al Estado.

El asunto adquiere relevancia por la cada vez mayor aplicación de la jurisdicción penal universal y las disposiciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional que impiden ampararse en las funciones oficiales para evadir la responsabilidad por los crímenes contemplados en dicho Estatuto y para evitar la competencia de la Corte en razón de inmunidades de derecho interno o derecho internacional.

La Comisión de Derecho Internacional decidió abordar el tema en el año 2007 y nombró un relator especial<sup>18</sup>, cuyos trabajos lo llevaron a afirmar que la norma era la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y que cualquier excepción a ella había de ser demostrada. Señaló que los funcionarios de un Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados en el desempeño de sus funciones, ya que estos actos se consideran actos del Estado, y que incluyen los actos ilícitos y los *ultra vires*. Esos actos, en opinión del por entonces Relator, se atribuyen tanto al Estado como al funcionario. El mismo comportamiento daría lugar a la responsabilidad del Estado y a la responsabilidad penal individual. Aunque el Relator precisó señalar que el alcance de la inmunidad del Estado y el de la inmunidad de sus funcio-

---

<sup>18</sup> En su 2940 sesión, del 20/07/2007 (Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/62/10) parr. 376).

narios no eran idénticos, pese al hecho de que, en esencia, la inmunidad era una y la misma. En cuanto a la inmunidad *rationae personae*, el Relator entendía que dicha inmunidad era absoluta y cubría tanto los actos realizados a título oficial como los realizados en forma personal durante el desempeño del cargo y con anterioridad a él por Jefes de Estado, Jefes de Gobierno, Ministros de Relaciones Exteriores y algunos otros funcionarios de alto rango.

Sin embargo, la actual Relatora Especial<sup>19</sup> ha expresado en su primer informe -de carácter preliminar- que no se puede afirmar que sobre las cuestiones antedichas haya consenso, y ha planteado algunas preguntas sustantivas para desarrollar el tema: a) ¿cuáles son las consecuencias y el impacto de la distinción entre inmunidad *rationae personae* y *rationae materiae*; b) cuál es la dimensión funcional de la inmunidad para asegurar que no colisiones innecesariamente con otros principios y valores de la comunidad internacional?; c) ¿cuál es la definición apropiada para “actos oficiales” con relación a la inmunidad; d) ¿quiénes se pueden beneficiar de la inmunidad *rationae personae*?; e) ¿hay excepciones a la inmunidad?; f) ¿cómo considerar la cuestión de los crímenes internacionales a la luz de los valores esenciales de la comunidad internacional?; y g) ¿cuáles son los aspectos procesales pertinentes al ejercicio de la inmunidad?<sup>20</sup>.

## **V. Algunas perspectivas que se ofrecen a partir de la situación doctrinal, jurisprudencial y normativa**

Como aporte final, quiero señalar tres puntos -dos más extensos y uno sintético- en los que se precisan desarrollos en torno a lo que ha sido el principio de las inmunidades de los Estados y de la inmunidad de jurisdicción de sus funcionarios.

---

<sup>19</sup> Se trata de Concepción Escobar Hernández, nombrada por la CDI en su 3132 sesión del 22 de mayo del 2012.

<sup>20</sup> Cfr. Doc A/CN.4/65

1. Hay una evidente necesidad de un **régimen global y uniforme** en lo relativo a las inmunidades de los Estados, puesto que es un asunto que se presenta casi a diario en las relaciones entre las empresas y los particulares y los Estados. La inmunidad establece un vínculo o establece un obstáculo entre la soberanía de los Estados y las necesidades de la vida económica moderna donde los Estados son actores económicos importantes.

Todas las partes involucradas en estos asuntos, tanto los privados como los Estados, desean actuar dentro de un orden legal. Por ello necesitan que ese sistema sea relativamente uniforme, porque de otra manera no sería posible ejecutar operaciones económicas razonables, ni habría seguridad jurídica, ni predictibilidad, ni la estabilidad legal de las relaciones resultantes de esas actividades podría ser alcanzada.

Un régimen legal universal que proveyera estabilidad actuaría tanto en interés de los individuos y entidades que negocian con los Estados como de los Estados en sí mismos. No debe ser dejado de lado que en los últimos decenios han ocurrido una serie de cambios a nivel global que impactan en todas las relaciones internacionales, y por eso se necesitan nuevas soluciones. Por un lado los Estados continúan defendiendo firmemente su soberanía, pero por otro, al incrementar su propia actuación en relaciones económicas privadas con otros actores internacionales que no tienen soberanía -ni la necesitan, ni la desean-, se hace cada vez más imperioso un nuevo enfoque de las inmunidades. No debería seguir insistiéndose en que restringir la inmunidad impacta negativamente en la igualdad soberana de los Estados, puesto que existe una tendencia universal en ese sentido restrictivo que afecta a todos los Estados por igual. Pero los grandes actores de las relaciones internacionales, como las transnacionales, los Bancos, etc. también deberían crecer en responsabilidad y en demandabilidad si en sus propios Estados no son judiciables.

La Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes de 2005, parece reflejar adecuadamente la mayoría de las normas consuetudinarias sobre la materia. Más allá de que pueda discutirse el carácter de costumbre de alguna de sus prescripciones, el análisis de la Convención muestra que es mayormente coincidente con la legislación interna que han adoptado algunos Estados (la FIAS de USA, o la ley 24.488 de la Argentina, por poner solamente dos ejemplos), y con una abundante cantidad de jurisprudencia. Es un instrumento que podría dar uniformidad al sistema legal internacional en la materia, en la medida en

que sea ratificado, o bien en la medida en que siga tomando como evidencia de la costumbre imperante. Puestos que permite reservas y declaraciones interpretativas, puede afirmarse que una perspectiva positiva es que en los próximos años aumenten de manera importante sus Estados Partes. De esta manera mejoraría la predictibilidad y estabilidad en este campo, lo que cooperaría con una mayor credibilidad del derecho internacional público.

2. Otra perspectiva para el desarrollo de las inmunidades de los Estados se refiere a los **nuevos desafíos que se plantean respecto de la impunidad de los Estados por graves violaciones a los derechos humanos**. Ha aparecido con fuerza la idea de la necesidad de que los Estados puedan ser juzgados (y condenados) civilmente por un tribunal de otro cuando las actividades *iure imperii* realizadas por él hubiesen supuesto la vulneración de ciertas normas particularmente relevantes del Derecho Internacional: las normas imperativas o de *ius cogens*. Si las normas imperativas son de rango superior y sólo pueden ceder ante otras posteriores del mismo carácter, ¿se podría afirmar que la inmunidad soberana habría encontrado un límite en ellas? *A priori*, la respuesta debería ser la afirmativa y, sin embargo, los tribunales no siempre lo han defendido, como lo prueban algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya citadas, y, por supuesto, la sentencia de la CIJ en el asunto de Alemania vs. Italia. Al analizar esta última, no hay que dejar de considerar la posibilidad de que al aceptar la inmunidad de los Estados frente a graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, la CIJ puede haber socavado su jurisprudencia previa sobre el *ius cogens* como norma suprema que ella misma ha contribuido a perfilar.

Pero de haber aceptado la prevalencia del *ius cogens* eso podría haber constituido un peligroso precedente, pues se habrían sentado las bases legales para que cualquier Estado pudiera ser juzgado por los tribunales de otro Estado alegando la excepción a la inmunidad de jurisdicción en casos de reclamaciones por daños de las víctimas o sus herederos en cualquier supuesto de violación de una norma de *ius cogens*. ¿Quiénes determinarían si el caso involucraba una norma de *ius cogens* o no? ¿Los tribunales del foro local? Entiéndase, no se trata de tribunales internacionales sino de tribunales locales, que no comparten un criterio universalmente válido en las materias. Se hubieran abierto así posibilidades políti-

cas impensadas en el ámbito internacional socavando el principio de la igualdad soberana de los Estados, con el consiguiente riesgo de crear condiciones de intervención en la política interna o externa de los Estados. De ahí el enfoque interestatal del fallo, pero al mismo tiempo la advertencia de que el criterio no se extiende a la responsabilidad penal de los funcionarios estatales por crímenes internacionales; así la CIJ intenta construir un dique para prevenir tales crímenes.





# LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO SOBRE LOS ACUÍFEROS TRANSFRONTERIZOS

Lilian DEL CASTILLO

**Sumario:** I. Autonomía normativa de los acuíferos transfronterizos - II. Los acuíferos transfronterizos en el derecho internacional - III. El Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (Resolución A/63/124, 11-12-2004) - IV. El Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní (2010) - V Comentarios finales.

**Palabras clave:** recursos naturales, acuífero, agua subterránea, soberanía, derecho de acceso, utilización equitativa, perjuicio sensible, protección de los acuíferos, solución de controversias, proyecto de artículos, acuífero Guaraní.

## I. Autonomía normativa de los acuíferos transfronterizos

### *1.1. Introducción*

Los acuíferos transfronterizos son un nuevo objeto de regulación en el derecho internacional, ya que sus requerimientos son diferentes de los contenidos de las normas sobre aguas continentales, sobre yacimientos de hidrocarburos o sobre otros usos transfronterizos del subsuelo. La existencia de los acuíferos se ubica en edades geológicas y el agua que contienen, un segmento particular del agua dulce, se utiliza desde tiempo inmemorial. Allí está Jericó, una de las ciudades más antiguas del mundo, tal vez con diez mil años de existencia, con su antiguo y valioso pozo de agua, Ein Al-Sultan, que la convirtió en un jardín en el desierto. El agua que mantiene su nivel en la alberca estuvo y está allí.

El derecho internacional avanza en un proceso de especialización que impulsa la mayor cohesión de la comunidad internacional y el incremento de las relaciones internacionales. No es un proceso de fragmentación sino de singularización, que en el derecho interno, tanto privado como público, traza una línea constante de evolución. Este proceso irrumpió en el derecho internacional a partir del crecimiento cualitativo y cuantitativo del ámbito propio de regulación desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas. Los acuíferos transfronterizos, es decir el sustrato poroso como elemento continente y el agua dulce como elemento contenido extendiéndose en el territorio de dos o más Estados, no son una excepción. Al identificarse el acuífero transfronterizo como recurso natural autónomo de características únicas, se estableció un objeto de regulación jurídica. Las normas específicas del derecho de los acuíferos transfronterizos persiguen el propósito de resolver el conflicto entre aprovechamiento y conservación para lograr su protección, preservación y utilización sostenible. Sin caer en la simplificación de considerar que la elaboración de un conjunto de reglas de conducta puede lograr resultados exitosos si no va acompañada de mecanismos de aplicación efectivos, elaborar un marco jurídico que avance más allá de los principios generales es un primer paso para llegar a la modificación de las conductas sociales y gubernamentales.

El marco regulatorio que se consolida para los acuíferos transfronterizos establece normas de contenido especializado, mientras que en ausencia de ellas sólo rigen los principios aplicables a los recursos naturales compartidos. En efecto, ausencia de normas convencionales no significa ausencia de regulación jurídica, sino únicamente ausencia de normas específicas. Un axioma aplicable a los acuíferos transfronterizos, que se rigen en ausencia de convención por las normas generales del derecho internacional.

### *1.2. Clasificación de los acuíferos*

Los acuíferos pueden clasificarse, entre otras diversas clasificaciones, en *recargables* y *no recargables*. Según la definición del Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Acuíferos Transfronterizos de 2008, (en adelante el Proyecto de Artículos) los acuíferos *recargables* son aqué-

llos que reciben recarga hídrica contemporánea, identificados también como ‘abiertos.’<sup>1</sup> Los *no recargables* son aquéllos que no reciben recarga hídrica o la reciben en tan pequeña cantidad que es insignificante, y se denominan fósiles o no relacionados, es decir ‘cerrados’ (no definidos en el Proyecto de Artículos). Los sistemas acuíferos extensos tienen en general ambos componentes, es decir son parcialmente recargables y parcialmente no recargables, con un componente que fluye, vinculado a la descarga y la recarga, y otro que se traslada muy lentamente o no se traslada, que constituye la reserva almacenada.

Los acuíferos que tienen una capacidad de carga insignificante o nula y por lo tanto se agotan con el uso, no son un recurso renovable, y sus características son las de un yacimiento, como no lo son los hidrocarburos. Su uso debe estar planificado, ya que debe programarse cómo va a ser reemplazado a medida que se produzca su reducción y finalmente su desaparición. La recarga artificial de acuíferos es sólo para casos de acuíferos de reducida dimensión.<sup>2</sup>

### 1.3. Utilización de los acuíferos

A escala global, debido a su amplia distribución, que abarca zonas donde no existe agua superficial, su estabilidad estacional y su accesibilidad, los acuíferos están sometidos a una utilización creciente.<sup>3</sup> Una de las razones es que sus aguas tienen en general buena calidad, no necesi-

---

<sup>1</sup> Artículo 2.(f) del *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Acuíferos Transfronterizos* elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), Anexo a la Resolución A/63/124 (2008) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>2</sup> De los Cobos, Gabriel, ‘Transboundary water resources and international law: the example of the aquifer management of the Geneva region (Switzerland and France), en *International Law and Freshwater. The Multiple Challenges*, ed. by Laurence Boisson de Chazournes, Christina Leb and Mara Tignino, Edward Elgar, UK/USA 2013, pp. 182-183.

<sup>3</sup> International Groundwater Resources Assessment Centre - IGRAC <http://www.igrac.net>

tan tratamiento previo para su uso, y están disponibles en cantidad y calidad. Esto se contrapone a la menor disponibilidad de agua superficial, tanto en cantidad como en calidad.<sup>4</sup> Gran parte de la actividad industrial en áreas con insuficiente agua superficial, como las explotaciones mineras y petroleras, utilizan exclusivamente agua de los acuíferos. Sin embargo, no existe un conocimiento adecuado de las características geomorfológicas e hidrológicas de la mayor parte de las regiones hidrogeológicas, y Argentina no es una excepción.

De acuerdo con la definición incorporada en el Proyecto de Artículos, la *utilización* de un acuífero es la extracción de agua, calor o minerales y el almacenamiento y la eliminación de cualquier sustancia (Artículo 2.(e) Proyecto CDI). La utilización puede ser adecuada o por el contrario incluir usos inadecuados que produzcan la degradación, disminución o agotamiento del acuífero, que está sujeto a las consecuencias de: (a) La *sobreexplotación*, o sea un exceso de la cantidad de agua que se abstrae con respecto a la posibilidad de recarga, en el caso de los acuíferos libres, o un uso no sustentable en el caso de los acuíferos no recargables o escasamente recargables; y (b) La *contaminación*, que puede ser mayor o menor según la vulnerabilidad del acuífero, debido a su constitución (espesor de la zona no saturada, que actúa como filtro natural y atenúa la contaminación, velocidad del agua, tipo de roca) y al tipo de contaminante de que se trate. La contaminación de los acuíferos proviene de tres orígenes: urbana, agrícola e industrial. La principal característica de la contaminación de los acuíferos es la dificultad de su remediación, a diferencia del agua superficial, ya sea por su imposibilidad técnica o por su elevado costo. En general, los acuíferos contaminados dejan de utilizarse, siempre que haya fuentes alternativas de provisión de agua. Se han comenzado a emplear nuevas tecnologías,

---

<sup>4</sup> Llamas, M.R. and Custodio, E. (eds.) (2003) "Intensive Use of Groundwater: Challenges and Opportunities". Balkema Publishers. Dordrecht, 478 pp; Llamas, M.R. (2004) *Water and Ethics: Use of Groundwater* <http://www.rac.es/ficheros/doc/00010.pdf>, en español *Uso del agua subterránea*, IHP-LAC; A.C.Corrêa y G. Eckstein, *Precious, worthless, or immeasurable: The value and ethic of water*, International Center for Arid and Semiarid Land Studies, ICASALS Publication No. 2005-1, Lubbock, Texas, 2006.

entre ellas la nanotecnología, que podrían abaratar el costo de la remediación y convertirla en una opción válida.<sup>5</sup>

En Argentina el uso del agua subterránea es un porcentaje creciente del total de agua consumida. Si bien no existen datos precisos, la abstracción se estima en diez mil millones/m<sup>3</sup>/año (320 m<sup>3</sup>/segundo), 12% (aunque hay quienes la colocan en el 35%) de la utilización de agua superficial. El aporte promedio del agua subterránea a la demanda total de agua es de aproximadamente 35%. En general no se prevé una planificación conjunta de los recursos de agua superficial y subterránea. Se descuida asimismo la protección de los acuíferos, y la creciente alteración de su calidad, una circunstancia de perdurables efectos negativos, es también significativa.<sup>6</sup> Es así que el Banco Mundial, en un Informe sobre “Contaminación Ambiental en Argentina: Problemas y Opciones” (octubre 1995), expresó que la contaminación del agua subterránea debe considerarse la mayor preocupación sobre contaminación en el país, debido especialmente al riesgo que representa para la salud en muchos hogares que dependen de este recurso para sus necesidades cotidianas, y debido también a su carácter irreversible.<sup>7</sup> El Centro Regional de Aguas Subterráneas, de carácter nacional y ubicado en la provincia de San Juan, lleva a cabo programas relacionados con la evaluación y estudio de los acuíferos na-

---

<sup>5</sup> Pedro J. Alvarez, Rice University, Houston, TX, ‘Groundwater contamination issues, remediation approaches and emerging challenges,’ Workshop 5, *Management of Groundwater Abstraction and Pollution*, World Water Week, Stockholm, September 5-11, 2010, [www.worldwaterweek.org](http://www.worldwaterweek.org)

<sup>6</sup> Paris, M., Tujchneider, O., Pérez, M. y D’Elía, M., “Identificación de indicadores de calidad del agua subterránea con métodos estadísticos multivariados,” VII Congreso de Hidrogeología y V Seminario Hispano-Latinoamericano sobre Temas Actuales de la Hidrología Subterránea, Taller sobre Calidad y Contaminación de Agua Subterránea, octubre 2011, Salta, Argentina, ISBN.978-987-23936-7-0, pp, 268-275.

<sup>7</sup> “Groundwater pollution must be considered as the main pollution concern in Argentina, especially due to the health risk exposure of a large number of homes - including a large proportion of homes of low resources - which depend on groundwater for their daily needs, and also due to pollution irreversibility,” *Environmental Pollution in Argentina: Problems and Options*, World Bank, Washington D.C., 1995.

cionales. Asimismo, se ha realizado un inventario avanzado aunque no completo del agua subterránea.<sup>8</sup>

#### *1.4. Definición legal*

El derecho es en gran medida un ejercicio de lenguaje que necesita definir el objeto a regular. En el caso de los acuíferos, un recurso complejo con un elemento sólido y un elemento fluido, los principios jurídicos aplicables se refieren indistintamente al agua subterránea y al acuífero. Agua subterránea es el agua que se encuentra contenida en una formación geológica, y acuífero es el conjunto de ambas. La formación geológica permeable que contiene agua se encuentra bajo una formación geológica menos permeable, que somete al agua contenida en la zona saturada de la formación a la presión suficiente para producir su alumbramiento al llegar hasta ella. No toda agua subterránea forma parte de un acuífero. La denominación habitual en los instrumentos dirigidos a la gestión del agua fue la de agua subterránea, utilizándose acuíferos en menor medida.

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (en adelante CDI) abordó en 2002 la elaboración de un régimen jurídico para las ‘Aguas subterráneas confinadas transfronterizas’ (Primer Informe del Relator Especial, Sr. Chusei Yamada, A/CN.4/533, 2003, 8). Luego de sucesivos informes y debates la CDI aprobó en 2008 el Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Acuíferos Transfronterizos,<sup>9</sup> en el que los términos ‘aguas subterráneas confinadas’ fueron reemplazados por el más preciso de ‘acuíferos.’ “Acuífero transfronterizo” es, por tanto, la denominación científica y jurídicamente correcta que se toma en cuenta en el ámbito especializado del derecho internacional.

---

<sup>8</sup> Giraut, M. y Ludueña, S., “Cartografía Hídrica Superficial y subterránea de la República Argentina y su integración a partir de un Sistema de Información Geográfica”, XVI Congreso Nacional del Agua, San Martín de Los Andes, Neuquén, 1995, [www.hidricosargentina.gov.ar/documentos/carto\\_500.pdf](http://www.hidricosargentina.gov.ar/documentos/carto_500.pdf)

<sup>9</sup> Anexo a la Resolución A/63/124 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

## II. Los acuíferos transfronterizos en el derecho internacional

### 2.1. Instrumentos no vinculantes adoptados por organizaciones internacionales

Gran parte de los documentos finales de las conferencias internacionales sobre el agua incorporan los temas referidos al agua subterránea y los acuíferos de manera breve, se trate de recomendaciones referidas a aguas nacionales o internacionales, si bien existen documentos dedicados exclusivamente al agua subterránea y los acuíferos. En general, la utilización del agua subterránea se ha considerado una competencia esencialmente local y de difícil seguimiento.

El primer instrumento relevante al que hacer referencia es sin duda el *Documento Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua*, que tuvo lugar en Mar del Plata del 14 al 25 de marzo de 1977. La Conferencia aprobó el *Plan de Acción de Mar del Plata*, que recomendó realizar la evaluación de la cantidad y calidad de los recursos hídricos totales. Para llevar a cabo esa tarea los países deberían recoger información y datos hidro-meteorológicos, hidrológicos e hidrogeológicos que a su vez deberían ser procesados con sistemas que les permitiesen conocer su calidad y cantidad, lo que daría por resultado un conocimiento de las aguas superficiales y subterráneas del Planeta. Con respecto a las aguas subterráneas, que comprenden los acuíferos de agua subterránea y las cuencas de agua subterránea, se recomendó establecer redes de observación y medición de las fluctuaciones de nivel y calidad, así como la estructura geológica y las características hidrogeológicas, a fin de *determinar la localización y variables de los acuíferos, con la evaluación de su potencial y de las posibilidades de recarga*.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> *Plan de Acción de Mar del Plata*, Capítulo I, Recomendaciones, A. Evaluación de los Recursos Hídricos, 3. (c), (f), (j), (o), 4.(b) (i) (ii) (iii); B. Uso eficiente del agua, 9. 10 (a), (b), 17. v. (a), 18, 19 (a), (b), (d), (e). 20. (a); C. Ambiente, salud y control de la contaminación, 34, 38, 39. (a), (f), (m), (o); E. 66, 67,68,(d),(e),(n); F. Información pública, educación, capacitación e investigación, 82.(f),(g); H. Cooperación internacional, 99,102.2.(2); V.5.(b),(c),(e); VI.5, en del Castillo,

En 1992 la Conferencia de Dublín sobre el Agua y el Medio Ambiente, que tuvo lugar en enero de ese año como instancia previa a la Conferencia de Río '92,<sup>11</sup> aprobó la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible.<sup>12</sup> La Declaración enunció cuatro Principios Rectores y elaboró en base a ellos un Programa de Acción que incluyó Medidas de Seguimiento, a ser desarrolladas en el Programa 21 de la Conferencia de Río '92. El primer Principio reconoce que “El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente” y agrega que “[...] La gestión eficaz establece una relación entre el uso del suelo y el aprovechamiento del agua en la totalidad de una cuenca hidrológica o un acuífero.” De acuerdo con este enunciado, el acuífero es para el agua subterránea lo que la cuenca de drenaje es para las aguas superficiales, es decir, el sustento territorial, tanto superficial como subterráneo, de la masa hídrica que forma una unidad de comportamiento hidráulico. La unidad que establece este documento entre continente y contenido, territorio terrestre y territorio hídrico, es relevante para la utilización del agua superficial y subterránea e indispensable para el enfoque integral de la gestión del agua.

En 1992 la *Conferencia de Río sobre Ambiente y Desarrollo* adoptó la Agenda 21, que incluyó en el Capítulo 18 propuestas de acción para la “Protección de la Calidad y Provisión de los Recursos de Agua Dulce: Aplicación de un Enfoque Integrado al Desarrollo, Gestión y Uso de los Recursos Hídricos.” El Capítulo subraya el carácter necesario del agua en todos los aspectos de la vida (18.2) y el objetivo general del desarrollo y gestión integrados de los recursos hídricos es satisfacer las necesidades de todos los países para su desarrollo sostenible (18.7). La Agenda 21 propone, basándose en el Plan de Acción de Mar del Plata, un programa

---

Lilian, *Los Foros del Agua. De Mar del Plata a Estambul, 1977-2009*, CARI Documentos de Trabajo, Buenos Aires, 2009, pp. 72-129, texto en [www.aida-waterlaw.org/PDF/Foros\\_del\\_Agua\\_libro.pdf](http://www.aida-waterlaw.org/PDF/Foros_del_Agua_libro.pdf)

<sup>11</sup> *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 3-14 junio 1992, documentos en <http://www.pnuma.org/docamb/dr1992.php>

<sup>12</sup> *Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente* (CIAMA), Dublín, Irlanda, 26-31 de enero de 1992, texto de la Declaración en <http://www.wmo.int/pages/prog/hwrp/documents/espanol/icwedecs.html#introduction>.



de evaluación y pronóstico de la cantidad y calidad de los recursos hídricos totales, a fin de estimar la cantidad total de recursos hídricos disponibles y su potencial futuro para la provisión de agua (18.24).<sup>13</sup> Al abordar la Protección de los recursos hídricos, de la calidad del agua y de los ecosistemas acuáticos, la Agenda 21 afirma que “El agua es un recurso unitario” (18.35) y en base a esa premisa desarrolla los objetivos a lograr, y las actividades a llevar a cabo, como el desarrollo y aplicación de tecnologías limpias y la protección del agua subterránea (18.40.D).<sup>14</sup>

Otras Conferencias retomaron el cumplimiento de estos objetivos. En 2002 la Cumbre de Desarrollo Sostenible que tuvo lugar en Johannesburgo en 2002, o Río +10, reafirmó la voluntad de cumplir la Meta de Desarrollo del Milenio de dividir por la mitad, para el año 2015, el número de personas que no tenían acceso al agua potable y al saneamiento.<sup>15</sup> En 2012 la *Conferencia Río+20* ratificó en su Documento Final, titulado *El Futuro que Queremos*, la voluntad de cumplir esa meta (para. 119 y 120) y también ratificó el acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano (para.121). El Documento se refiere al agua sólo en el Capítulo sobre Agua y Saneamiento, párrafos 119-124, declarando principios de política hídrica a ser ejecutados por cada país. El Documento, que no menciona el agua subterránea o los acuíferos, reafirma con carácter general que el agua es un elemento básico para el desarrollo sostenible (para.119); reconoce la importancia de los ecosistemas para mantener la cantidad y calidad del agua (para. 122); recomienda enfrentar con planes adecuados tanto el exceso como la escasez de agua, es decir las pérdidas que ocasionan las inundaciones y las sequías (para. 123) y subraya la necesidad de proteger la calidad del agua y reducir su contaminación (para.124).<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Para mayor información sobre la evaluación de los recursos hídricos, consultar UNWater en [www.unwater.org/](http://www.unwater.org/)

<sup>14</sup> *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, Río de Janeiro, 3-14 junio 1992, UN Doc. A/Conf. 151/26/Rev.1, Vol. I, Annex II.

<sup>15</sup> *Report of the World Summit on Sustainable Development*, Johannesburg, September 2002, UN Doc. A/Conf.199/20.

<sup>16</sup> *Report of the United Nations Conference on Sustainable Development*, Rio de Janeiro, Brazil, 20-22 June 2012, Doc. A/Conf. 216/16.

## 2.2. *Proyectos elaborados por asociaciones de expertos en derecho internacional*

Diferentes instituciones especializadas dedicadas al análisis y el desarrollo progresivo del derecho internacional han elaborado proyectos de normas para la utilización y gestión de las aguas subterráneas transfronterizas. Se destaca la tarea de la International Law Association (ILA), con una extensa trayectoria en el ámbito de las aguas internacionales desde la adopción en 1966 de las *Reglas de Helsinki* sobre los *Usos de las aguas de los ríos internacionales*,<sup>17</sup> a las que se agregaron otros documentos, entre ellos las *Reglas de Seúl sobre Aguas Subterráneas Internacionales* adoptadas en 1986.<sup>18</sup> Las *Reglas de Seúl*, desarrolladas en cuatro disposiciones, comienzan afirmando que se consideran ‘aguas de los acuíferos internacionales’ aquellas “[...] aguas de un acuífero dividido por el límite entre dos o más Estados, si dicho acuífero con sus aguas forman una cuenca internacional o parte ella,” considerando a estos Estados parte de una cuenca con el alcance que dan a ese término las Reglas de Helsinki (ILA) de 1966 (Artículo 1). Ampliando el alcance de Estado ribereño de una cuenca, considera que un acuífero que recibe o descarga agua en una cuenca es parte de esa cuenca internacional (Artículo 2.1), y con el mismo criterio sustenta el manejo integrado de aguas superficiales y subterráneas (Artículo 4). Es preocupación primordial la protección del agua subterránea de la contaminación y de la merma o agotamiento, por lo que se enfatiza la conveniencia de intercambiar información y datos y la consulta entre los ribereños (Artículo 3).

Las *Reglas de Berlín*, adoptadas por la ILA en 2004, contienen un capítulo específico sobre “Aguas subterráneas” (Capítulo 8), si bien cinco de sus siete artículos incorporan la palabra ‘acuífero’ en su título, y los que no los mencionan en su título también se refieren a ellos. Se establece como norma general que se aplicarán a los acuíferos las *Reglas de Berlín* (Artículo 36). En las disposiciones siguientes se aborda la gestión de los acuíferos en general, afirmando la conveniencia de encarar en forma conjunta los planes de gestión de los acuíferos y de las aguas superficiales (Artículo 37). Se receptan los principios de uso precautorio (Artículo 38) y de sostenibilidad para la gestión de los acuíferos (Artículo 40) y se establece el deber de adquirir la información necesaria para el uso eficiente y efectivo del agua subterránea y los acuíferos (Artículo 39). También se endosan las directivas a seguir para la protección de los acuíferos

(Artículo 41) y se amplía el concepto de acuíferos transfronterizos a aquellos que aunque no sean transfronterizos están conectados a cuencas superficiales transfronterizas (Artículo 42).<sup>19</sup>

Otra destacada contribución para la regulación de los acuíferos transfronterizos es el “Acuerdo Modelo para la utilización de las Aguas Subterráneas Transfronterizas” también denominado “Reglas de Bellagio,” elaborado tomando como antecedente las negociaciones entre los Estados Unidos y México sobre los acuíferos que se encuentran a lo largo del límite entre ambos Estados. Por esa razón contempla situaciones que son especialmente importantes en esa región, como las emergencias por sequías. Se define el acuífero como la formación geológica subterránea que contiene agua de la que pueden extraerse cantidades significativas y a las aguas subterráneas como aquéllas contenidas en un acuífero (Artículo 1,1. y 1,14.). El objeto del Acuerdo es obtener la utilización óptima y la conservación de las aguas transfronterizas y proteger el ambiente subterráneo, así como desarrollar datos e información sobre los acuíferos fronterizos y sus aguas (Artículo 2,2.). El Acuerdo establece la Comisión para el acuífero, que será la institución responsable del cumplir las funciones y responsabilidades establecidas, que incorporará personal técnico y estará facultada para declarar Áreas de Conservación de Aguas Transfronterizas, Alertas y Emergencias por Sequías y de Salud Pública y elaborar los planes correspondientes (Artículo 2,3.) además de ocuparse de los temas que le soliciten las Partes (Artículo 3,7 y 8). Una de las tareas primordiales de la Comisión será establecer las Áreas de conservación de aguas transfronterizas (Artículo 7) para las que elaborará los correspondientes planes (Artículo 8). En sus catorce artículos las *Reglas de Bellagio* establecen medidas a adoptar tanto por las Partes como por la Comisión para

---

<sup>17</sup> “The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers,” International Law Association, *Report of the Fifty-Second Conference, Helsinki, August 1966*, London, 1966, p. 484.

<sup>18</sup> “The Seoul Rules on International Groundwater,” International Law Association, Seúl, 1986, *Report of the Sixty-Second Conference, Seoul, 24-30 August 1986*, London, 1987, p. 251.

<sup>19</sup> “The Berlin Rules on Water Resources,” International Law Association, *Report of the Seventy-First Conference Berlin, 16-21 August 2004*, London, 2005.

proteger las aguas subterráneas de la contaminación (Artículo 6), la consulta en el interés público (Artículo XIII), entre otras medidas.<sup>20</sup>

### 2.3. Documentos adoptados por organizaciones regionales

A nivel regional, la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEE/UNECE),<sup>21</sup> estableció un Grupo de Trabajo para el Control y la Evaluación de las Aguas Transfronterizas en Europa. Como resultado de esos trabajos en 1989 se aprobó la *Carta sobre la Gestión del Agua Subterránea*.<sup>22</sup> La Carta, desarrollada en veinticinco capítulos, reafirma que el agua subterránea es un recurso de valor económico y ecológico (Artículo I), resalta la conveniencia de trazar los mapas de vulnerabilidad de los acuíferos (Capítulo II.3) y recomienda establecer un régimen de licencias para la abstracción de agua subterránea así como para la recarga de los acuíferos (Capítulo X, 1.2.3.4). Establece además la obligación de los países de hacer un estudio de impacto cuando se planifiquen obras que puedan afectar negativamente los acuíferos (Capítulo XIV.1.2) y recomienda hacer un inventario de los acuíferos y una evaluación de su cantidad y calidad (Capítulo XV). Al referirse a la planificación y pronóstico, el documento se refiere simultáneamente a la gestión del agua subterránea para la aplicación tanto de herramientas de planificación como de métodos de pronóstico así como a la protección de los acuíferos contra la contaminación y la sobre-explotación (Capítulo XVI).

En 2000, la CEE/UNECE aprobó las *Directivas para la Vigilancia y Evaluación de las Aguas Subterráneas Transfronterizas* ('Guidelines on Monitoring and Assessment of Transboundary Groundwaters'), que pueden considerarse complementarias de la Convención sobre la Protección y el Uso de los Cursos de Agua y Lagos Transfronterizos, adoptada en Helsinki en 1992, ya que fueron endosadas por los países firmantes de

---

<sup>20</sup> Hayton, Robert D. and Albert E. Utton, "Transboundary Groundwater: The Bellagio Draft Treaty," *Natural Resources Journal*, vol. 29 (1989), pp. 663-676.

<sup>21</sup> UNECE, United Nations Economic Commission for Europe, [www.unece.org](http://www.unece.org)

<sup>22</sup> Texto en [www.unece.org/env/water/second\\_assessment.html](http://www.unece.org/env/water/second_assessment.html)

la Convención. Las *Directivas* prevén acciones coordinadas conjuntas por parte de los países ribereños de un acuífero, así como planes y programas para llevar adelante esos objetivos. Uno de los objetivos es armonizar las reglas para ejecutar programas de vigilancia y evaluación de las aguas subterráneas mediante la recolección e intercambio de información a fin de prevenir, controlar y reducir el impacto transfronterizo. y otras acciones que deberán cumplirse para lograr eficacia y eficiencia en la gestión del recurso. Para llevar estos programas a la práctica y ejecutar otras acciones que deberán cumplirse para lograr eficacia y eficiencia en la gestión del recurso, se prevé la instalación de entidades conjuntas.<sup>23</sup> Las *Directivas* también abarcan la protección de los ecosistemas que se encuentran conectados con las aguas subterráneas y con la provisión de agua potable en relación con la salud (Protocolo de 1999 sobre Agua y Salud). Por otra parte, la Directiva 2006/118/EC del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de diciembre de 2006 sobre protección del agua subterránea contra la contaminación y el deterioro, establece parámetros de calidad y métodos para realizar la medición y el control de la contaminación del agua subterránea.

#### 2.4. *Convenios internacionales e inter-jurisdiccionales*

En los ámbitos que generan nuevas normas jurídicas es importante el aporte realizado por la doctrina y las instituciones académicas. En efecto, son escasos los acuerdos internacionales e inter-jurisdiccionales que regulan el uso de aguas subterráneas y acuíferos transfronterizos. Se han elaborado convenios sobre esta materia en América del Norte, en Europa y en Australia.<sup>24</sup> En América del Sur se encuentra en proceso de aprobación por los países signatarios el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní, que se extiende en los territorios de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> Burchi, S. y Kerstin Mechlem, *Groundwater in International Law. Compilation of Treaties and other legal instruments*, FAO Legislative Study N° 86, pp, 214-218, 258-261, 285-300.

<sup>25</sup> Aprobado en Argentina por ley N° 26.780 del 31 de octubre de 2012.

En 1944, los acuerdos suscritos entre México y los Estados Unidos de América sobre los ríos Colorado, Tijuana y Río Grande abarcaron las aguas subterráneas transfronterizas. En 2007 se renegoció la Convención sobre la protección, la utilización, la realimentación y el seguimiento de la napa subterránea franco-suiza del Genevois (acuerdo del 18 de diciembre de 2007) entre las Comunas de la Région Annemassienne y Haute Savoie (Francia), por una parte, y la República y Cantón de Ginebra, por la otra (en vigor desde el 1º de enero de 2008). Están en vigor asimismo acuerdos inter-jurisdiccionales tanto en Australia como en los Estados Unidos de América.

Los acuerdos existentes enfocan sus disposiciones tanto a las aguas subterráneas como a los acuíferos. Por ejemplo, el *acuerdo inter-estatal de 1992 entre los Estados de Idaho y Washington*, de los Estados Unidos, se suscribe para la gestión del *Acuífero de agua subterránea Pullman-Moscow*, y se acuerdan medidas para la administración coordinada de los recursos de agua subterránea del acuífero.

En los extensos acuíferos del Norte de África se han adoptado entendimientos con respecto al Sistema Acuífero de Piedra Arenisca Nubio (Chan, Egipto, Libia y Sudán) (NSAS), el mayor acuífero confinado conocido, estableciéndose en el Acuerdo No. 1 los términos de referencia para la *Vigilancia e Intercambio de Información del Agua Subterránea del Sistema Acuífero de Arenisca Nubio* (Trípoli, 2000) y en el Acuerdo No. 2 el mecanismo de *Monitoreo e Intercambio de Datos* del NSAS (Trípoli, 2000) que se realiza de manera continua. También se ha establecido un *Mecanismo de Consulta para el Sistema Acuífero del Sahara Noroccidental* (Argelia, Libia, Túnez) (NWSAS) (Roma, 2002, 2008). Se ha establecido asimismo un Marco de Cooperación (2004) y un Mecanismo de Consulta (2006) para el Sistema Acuífero Iullemeden (Malí, Níger, Nigeria).<sup>26</sup> Estos instrumentos contienen principios comunes sobre uso compartido y protección de los acuíferos transfronterizos. Además del efecto directo que tienen sobre los Estados que los suscriben, reemplazan la confrontación y ayudan a instalar una política de cooperación en la utilización de recursos transfronterizos compartidos. La reitera-

---

<sup>26</sup> Puri, S. and A. Aureli, *Atlas of Transboundary Aquifers*, UNESCO-IHP, ISARM Programme, UESCO, 2009, <http://www.isarm.org>, pp. 272-276.

ción de acuerdos concordantes genera la práctica de los Estados que contribuye a la formación de normas consuetudinarias de carácter general.<sup>27</sup>

### 2.5. *Legislación argentina*

Un estudio comparado sobre la legislación de diferentes países demuestra que las normas de derecho interno regulan generalmente el agua subterránea y no mencionan los acuíferos, aunque el desarrollo de la hidrogeología va modificando este enfoque.

En el Derecho Civil el agua subterránea se considera generalmente un accesorio del suelo que pertenece al dueño del fundo. El artículo 2518 Código Civil argentino expresa que “la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad.” La modificación posterior del artículo 2340 del Código Civil (Ley 17.711, de 1968) incluyó las aguas subterráneas en el dominio público,<sup>28</sup> reservando para el propietario del fundo el derecho de extraerlas ‘en la medida de su interés y con sujeción a las reglamentaciones.’ El Código Civil contiene algunas disposiciones sobre realización de pozos en la proximidad de medianeras (artículo 2624) y determina que los fundos inferiores no están obligados a recibir las aguas subterráneas extraídas en fundos superiores (artículo 2648).

No hay un tratamiento legislativo específico para el agua subterránea a nivel nacional que complemente estas disposiciones, aunque sí es aplicable el Artículo 41 de la Constitución Nacional y la legislación sobre presupuestos mínimos para la gestión sustentable del ambiente (Leyes 25.675 y 25.688).

El agua subterránea está contemplada en legislaciones provinciales, como el Código de Aguas de la Provincia de Corrientes (capítulo VI. Artículos 42 a 50); la Ley de Aguas 9172 de la Provincia de Entre Ríos

---

<sup>27</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua/USA), Merits, Judgment*. I.C.J. Reports 1986, “The Court must satisfy itself that the existence of the rule on the *opinio juris* of States is confirmed by practice”, para. 183/184.

<sup>28</sup> Martín, Liber, *Derecho de Aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 64-68.

(capítulo XI), el Código de Aguas de Salta, ley 7017 de 1998, el Código de Aguas de la Provincia de Córdoba (Ley 8928), la legislación de la Provincia de Mendoza, el Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires y las legislaciones de Jujuy, San Juan y La Pampa.

### **III. El Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (Resolución A/63/124, 11-12-2004)**

#### *3.1. Definiciones*

El Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Acuíferos Transfronterizos (en adelante el 'Proyecto CDI'), -incorporado como Anexo a la Resolución A/63/124 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 2008-, es actualmente el instrumento de mayor relevancia para abordar la regulación de los acuíferos transfronterizos. Al tomar nota del Proyecto de Artículos, la Asamblea General lo señaló a la atención de los gobiernos y alentó a los Estados a realizar acuerdos bilaterales o regionales para la 'adecuada gestión de sus acuíferos transfronterizos'.

El Proyecto define al *acuífero* como "Una formación geológica permeable portadora de agua, situada sobre una capa menos permeable, y el agua contenida en la zona saturada de la formación" (Artículo 2.a). El acuífero puede estar a su vez conectado hidráulicamente a otros acuíferos, constituyendo de esa manera un '*sistema acuífero*' (Artículo 2.b), y cuando un acuífero o sistema acuífero tiene partes situadas en distintos Estados se convierte en un acuífero *transfronterizo* (Artículo 2.c), lo que también sucede si la recarga o la descarga del acuífero o sistema acuífero se encuentran en más de un Estado.

#### *3.2. Proceso de elaboración del Proyecto de Artículos (CDI)*

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) elaboró durante un considerable período, entre 1971 y 1994, el derecho de los cursos de agua internacionales, que concluyó en el proyecto de *Con-*



*vención de Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.* Durante ese lapso, en el que se sucedieron en el tema sucesivos Relatores Especiales, se incorporaron al proyecto las aguas subterráneas relacionadas con las aguas superficiales (Artículo 2 (a) de la Convención) y, en diversas oportunidades, se consideró la conveniencia de incluir en la futura convención las aguas subterráneas no vinculadas con las aguas superficiales.

Cuando el último Relator Especial, Robert Rosenstock, se hizo cargo de esa tarea, propuso extender la aplicación de las disposiciones sobre cursos de agua internacionales a las aguas subterráneas en general, tanto las conectadas con aguas superficiales como las no conectadas o confinadas. En su Primer Informe, en 1993, en efecto, recomendó que las disposiciones del proyecto en elaboración también fuesen aplicables a ‘las aguas subterráneas confinadas no relacionadas.’<sup>29</sup> No todos los miembros de la Comisión apoyaron ese punto de vista. La Comisión adoptó entonces, en 1994, una Resolución sobre Aguas Subterráneas Confinadas Transfronterizas en la que recomendó a los Estados guiarse, cuando correspondiese, por los principios adoptados en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos distintos de la navegación de los cursos de agua internacionales al regular el agua subterránea transfronteriza (Párrafo 1), realizar acuerdos con el otro o los otros Estados en los que se encuentre el agua transfronteriza confinada (Párrafo 2) y solucionar las disputas que pudiesen surgir sobre aguas subterráneas transfronterizas confinadas usando los medios de solución pacífica según el procedimiento establecido en el artículo 33 del Proyecto de Artículos (Párrafo 3).

En su Segundo Informe, en 1994, el Relator Especial presentó la propuesta como un Anexo, sosteniendo que la tendencia de encarar la gestión de los recursos hídricos de manera integrada hacía aconsejable tal criterio, puesto que podrían aplicarse los mismos principios y normas aplicables a las aguas superficiales, y a las aguas subterráneas relacionadas, a las aguas subterráneas confinadas no relacionadas.<sup>30</sup> La CDI, lue-

---

<sup>29</sup> Anuario de la CDI, 1993, vol. II, Parte I, documento A/CN.4/451, Primer Informe.

<sup>30</sup> Anuario de la CDI, 1994, vol. II, Parte I, documento A/CN.4/462, Segundo Informe.

go de debatir el tema, consideró que no era conveniente incluir las aguas confinadas no relacionadas en el proyecto de Convención sobre ‘usos de los cursos de agua’ y mantuvo la redacción original de la definición de ‘curso de agua’ del artículo 2 (a). El proyecto de Convención fue adoptado por Resolución A/51/229, del 8 julio 1997, de la Asamblea General, y abierto a la adhesión de los Estados, si bien no se encuentra aún en vigor por no haber alcanzado las treinta y cinco ratificaciones requeridas (octubre 2010). El Artículo 2 (a) expresa que se entenderá por ‘curso de agua’ “un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común”.

La CDI sometió a consideración de la Asamblea General una resolución referida a las aguas subterráneas confinadas transfronterizas según el texto propuesto por el Relator Especial, si bien la Asamblea General no tomó ninguna resolución al respecto. La resolución expresa que, en opinión de la Comisión “los principios contenidos en su proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación pueden aplicarse a las aguas subterráneas confinadas transfronterizas,” por lo que exhorta a los Estados a que se guíen por tales principios para “la regulación de las aguas subterráneas transfronterizas”, al mismo tiempo que recomienda a los Estados que comparten aguas subterráneas confinadas transfronterizas a concertar acuerdos entre ellos (Anuario de la CDI, Vol. II, Parte II, 1994, 135). El tema sería retomado posteriormente en forma independiente.

En 2000 la CDI decidió incluir el tema de los ‘recursos naturales compartidos’ en su agenda de trabajo, siguiendo para ello las recomendaciones que había realizado el Sr. Rosenstock. El Relator Especial había argumentado que sería provechoso que la Comisión tratase el tema de las aguas subterráneas confinadas, como así también las formaciones geológicas especiales que contienen petróleo y gas, aunque circunscriptas a los recursos naturales compartidos que se encontrasen en la jurisdicción de dos o más Estados. La Comisión abordaría, por lo tanto, las aguas subterráneas que fuesen compartidas por dos o más Estados y que no estuviesen comprendidas en la definición del Artículo 2 (a) de la Convención sobre Usos de los Cursos de Agua Internacionales. Ellas se identifican como “aguas subterráneas confinadas no relacionadas”, “aguas subterráneas confinadas” “aguas subterráneas confinadas transfronterizas,” o “acuíferos transfronterizos” y se definen como una masa de agua que

no aporta caudal a un término común (la definición de cuenca hidrológica internacional) o que no recibe un caudal significativo de agua de una fuente de agua superficial (A/CN.4/533, 8). La diferencia esencial con las otras aguas subterráneas es que mientras las que están conectadas con fuentes de agua superficiales son un recurso renovable, las no conectadas o confinadas no son un recurso natural renovable, sino un recurso natural no renovable, de la misma manera que el petróleo y el gas. De ahí la propuesta de regular en conjunto estos recursos naturales no renovables. Su importancia cuantitativa es relevante. Si bien no existen evaluaciones concluyentes, se estima que son más abundantes que las aguas superficiales. Tampoco existe una evaluación de los dos tipos de aguas subterráneas, no relacionadas y relacionadas, por lo que se ignora cuál es la proporción en que se encuentra cada una. Por otra parte, los acuíferos pueden estar interconectados entre sí, constituyendo lo que se denomina un “sistema acuífero”. Un sistema acuífero puede incluir ambos tipos de acuíferos, por lo que no sería apropiado identificarlos de una manera o de otra, y aún un mismo acuífero puede contener parte de sus aguas conectadas y otras no conectadas con aguas superficiales o con otros acuíferos.

En su sesión del año 2002 la CDI decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Recursos naturales compartidos”. Designó para ello un Relator Especial, el Sr. Chusei Yamada, y un Grupo de Trabajo, presidido por el Relator Especial, para colaborar con su tarea. El Relator en su informe preliminar hizo el esbozo del futuro proyecto y expresó que elaboraría un proyecto de artículos sobre las aguas subterráneas transfronterizas confinadas (A/CN.4/533). En su segundo informe el Sr. Yamada expresó que en términos de los hidrogeólogos, las aguas ‘confinadas’ eran las sometidas a presión, y no necesariamente las no conectadas, por lo cual abandonarían esa denominación. Por otra parte, también existían aguas subterráneas ‘confinadas’, como las del acuífero Nubio, que tenían una conexión con el Nilo que no revestía importancia en cuanto a la recarga. Se abandonarían la denominación de ‘confinadas’. Con respecto a la denominación de ‘aguas subterráneas’, su significado tampoco es preciso, porque no todas las aguas subterráneas constituyen un recurso con posibilidad de captación o utilización. Desde la visión científica de la hidrogeología, por lo tanto, la denominación correcta es la de ‘acuífero’ y en el proyecto de artículos se utilizarán la denominación de ‘acuíferos transfronterizos’ (A/CN.4/539, 2004). En su Tercer Informe el Relator Especial presentó su proyecto de veinticinco artículos, que fueron

sometidos a la consideración y revisión de un Grupo de Trabajo, esta vez presidido por el Sr. Enrique Candioti. El texto reformulado en diecinueve por el Grupo de Trabajo fue aprobado por la Comisión en primera lectura en la sesión de 2006 y sometido a la opinión de los gobiernos. En la sesión de 2008 fue aprobado en segunda lectura, y anexo por la Asamblea General a su Resolución A/RES/63/124, del 11 de diciembre de 2008.

Al proponerse a la agenda de la Comisión de Derecho Internacional el tema general de los Recursos Naturales Compartidos [NOTA] sólo se propuso el desarrollo progresivo y la codificación de las normas sobre aguas subterráneas. Como hemos mencionado, el propósito fue la regulación de las aguas subterráneas confinadas, junto con los depósitos de gas y petróleo, es decir recursos no renovables del subsuelo terrestre. El resultado del trabajo de la Comisión, sin embargo, se apartó de este primer propósito y abarca las normas legales aplicables a los acuíferos internacionales en general, no sólo los no renovables. Por su parte, la propuesta Convención de 1997 también sería aplicable a las aguas subterráneas vinculadas con los cursos de agua internacionales, es decir aguas subálveas (artículo 2 (a) del proyecto de Convención de Naciones Unidas sobre Usos distintos de la Navegación de los Cursos de Agua Internacionales de 1997), pero no a los acuíferos transfronterizos.<sup>31</sup>

Si bien el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional no es, todavía, una convención, al incorporar normas que ya tienen carácter consuetudinario no es necesario, aunque sí deseable, que adquiriera ese carácter para que algunas de sus disposiciones ya se encuentren en vigencia.

### *3.3. Reseña del Proyecto de Artículos (Resolución A/63/124)*

Los *considerandos* del Proyecto de Artículos son ilustrativos de su contenido. En primer lugar, destacan la importancia que tienen para la

---

<sup>31</sup> A nivel doctrinario, Dellapenna y Loures propusieron que el Proyecto de Artículos, con algunas modificaciones, se incorpore como protocolo a la Convención de Naciones Unidas de 1997, lo que les permitiría adquirir carácter vinculante al

humanidad los ‘recursos hídricos subterráneos’, refiriéndose en esta su primera consideración no a los acuíferos sino a su contenido, el agua, terminología a la que recurre en dos considerando subsiguiente, el quinto y el séptimo, al resaltar ‘los requerimientos cada vez mayores de agua dulce y la necesidad de proteger los recursos hídricos subterráneos.’ Esta terminología intercambiable y alternativa indica que si bien se regulan los acuíferos, es el agua el elemento determinante. En su segundo considerando la Comisión destacó la función de la Asamblea General de encarar estudios y hacer recomendaciones “para impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación” (Artículo 13.1 (a) Carta de Naciones Unidas), dos procesos que poseen igual densidad en el ámbito jurídico. Con respecto a los acuíferos transfronterizos la práctica estatal se encuentra en las legislaciones nacionales, con pocos instrumentos internacionales específicos, lo cual puede no ser suficiente para proveer el requerido sustento material a ser codificado. Por consiguiente, las normas de desarrollo progresivo propuestas para la regulación de los acuíferos transfronterizos van a derivar en gran medida de los principios generales para el aprovechamiento de los recursos naturales transfronterizos a fin de proveer un marco normativo que la utilización de los acuíferos transfronterizos reclama de manera urgente.<sup>32</sup>

El *considerando* siguiente reviste también significativa importancia, al enmarcar el proyecto de artículos en ‘la soberanía permanente sobre los recursos naturales,’ según fue convalidada por la Resolución RES/A/1803 (XVII)<sup>33</sup>, adoptada luego de diez años de laboriosa preparación.<sup>34</sup>

---

entrar en vigor esa Convención, v. Dellapenna, J.W. y F.Rocha Loures, ‘Transboundary aquifers: towards substantive and process reform in treaty-making’ en *Environmental Law and Sustainability after Rio*, editado por J. Benidickson y otros, Edward Elgar, UK&USA, 2011, pp. 217-219.

<sup>32</sup> De acuerdo con el informe realizado por el Comité de los Diecisiete que diseñó la creación de la Comisión de Derecho Internacional, la Comisión puede tener como tarea la elaboración de una convención sobre un tema aún no regulado por el derecho internacional, o sobre el cual el derecho todavía no ha sido claramente desarrollado o formulado en la práctica de los Estados, Bruno SIMMA, ed., *The Charter of the United Nations. A Commentary*, OUP, 1994,268.

<sup>33</sup> Doc. A /RES/1803(XVII) del 14 de diciembre de 1962.

<sup>34</sup> Schrijver, N., *Sovereignty over Natural Resources. Balancing Rights and Duties*, Cambridge University Press, 1997, pp. 70-76.

La inclusión de este considerando surgió en la discusión del proyecto en la 6ª Comisión de la Asamblea General, en el 59º período, cuando algunas delegaciones expresaron que la Resolución A/1803/ (XVIII) debía citarse expresamente en el proyecto de artículos. La propuesta del Relator Especial fue incluir la cita en los considerandos, y así fue como se aprobó. A la vez, está recogido en el Artículo 3 del Proyecto de Artículos. Los *considerandos* restantes reafirman los principios y recomendaciones aprobados por la Conferencia de Río de 1992, en su *Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, y en la *Agenda 21*.<sup>35</sup>

### 3.2.1. Objeto

El objeto del proyecto de artículos es regular la conducta de los Estados con respecto a la gestión de los acuíferos transfronterizos. Cabría preguntarse por qué sólo los acuíferos transfronterizos, y no los acuíferos en general? El interés del desarrollo de normas internacionales sólo se extiende, en el interés actual de los Estados, a las obligaciones y deberes de los Estados con respecto a los efectos que las acciones en su territorio puedan ocasionar en el territorio de otros Estados, o en zonas más allá de las jurisdicciones estatales, sin intentar regular las conductas de los Estados con respecto a los recursos dentro de su territorio. La Comisión de Derecho Internacional, en su tratamiento de los cursos de agua, sólo abordó los cursos de agua internacionales. Ese criterio también se adopta para las aguas subterráneas, sólo se establecen normas para los acuíferos transfronterizos. Sin embargo, podrían establecerse normas mínimas de comportamiento a nivel nacional, puesto que los acuíferos no se encuentran superpuestos, fracturados, y los mismos acuíferos son al mismo tiempo transfronterizos y locales.

El ambicioso objetivo de una convención sobre el agua como elemento natural, abarcando todos sus aspectos, ha sido considerado en el

---

<sup>35</sup> *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I, Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.93.I.8 y corrección), Resolución 1, Anexo I.

ámbito de la doctrina. En 2004, el Comité de Recursos Hídricos (Water Resources Committee) de la International Law Association (ILA) adoptó las *Reglas de Berlín sobre Recursos Hídricos*. Ese instrumento eliminó el vocablo ‘transfronterizo’ o ‘internacional’ del proyecto de artículos que propone para la gestión del agua en el ámbito internacional. Sin entrar en el análisis de las disposiciones contenidas en las *Reglas de Berlín*, que son con toda seguridad perfectibles, es interesante destacar el nuevo enfoque que se adopta para la gestión del agua, a saber, regular el comportamiento de los Estados de manera integral incorporando la gestión interna al ámbito internacional. Así lo hace la Convención para la protección de la biodiversidad, que establece pautas de conducta para las Partes en su esfera interna.<sup>36</sup> De la misma manera, la gestión del agua excede, por sus efectos globales, la discrecionalidad de cada Estado. El reconocimiento del derecho humano al agua potable y al saneamiento es un avance en esa dirección, ya que tal derecho es una obligación de los Estados hacia sus habitantes, una obligación incorporada al derecho interno de cada Estado que vincula un derecho de los habitantes con un deber concomitante del Estado.<sup>37</sup>

Las normas que incorpora el Proyecto regulan dos diferentes categorías de derechos, el derecho al recurso, o normas de acceso, y los derechos al uso. Generalmente, el derecho de acceso a los recursos no se menciona en las convenciones que regulan su utilización, protección y preservación, porque se enmarcan en la soberanía permanente sobre los recursos naturales, reconocido por la Asamblea General en la Resolución 1803 (XVII) del 14 de diciembre de 1962, y posteriormente por la Carta de los Derechos y Deberes económicos de los Estados (Resolución 3281 (XXIX) del 12 de diciembre de 1974, la Carta Mundial de la Naturaleza (A/RES/37/7) del 28 de octubre de 1982, la Declaración sobre el Dere-

---

<sup>36</sup> *Convenio relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural en Europa (Convenio de Berna del 19/09/1979, en vigor desde el 06/06/1982); Convenio para la conservación de la biodiversidad y protección de áreas silvestres prioritarias en América Central (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, Managua, 05/06/1992, no en vigor), Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 05/06/1992, en vigor desde el 29/12/1993).*

<sup>37</sup> Doc. A/64/L.63/Rev.1

cho al Desarrollo (A/RES/41/128) del 4 de diciembre de 1986, y otras. Sin embargo, la Resolución 1803 (XVII) sigue manteniendo su valor originario, obtenido durante diez años de difícil negociación. Ese principio está incorporado en el artículo 3 del Proyecto de Artículos, que se refiere a la soberanía de los Estados del acuífero.

En sus lineamientos más importantes, el Proyecto de Artículos sigue la estructura y los contenidos de la proyectada Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para fines distintos de la Navegación de 1997 (A/RES/51/229).<sup>38</sup> Las Partes I a IV incorporan las Partes I, II, IV y VI de la Convención de 1997. La Parte I del Proyecto de Artículos se refiere al ámbito de aplicación (Artículo 1) y a los términos empleados (Artículo 2), la Parte II incorpora los Principios Generales (Artículos 3 a 9), la Parte III regula la protección, preservación y gestión de los acuíferos transfronterizos (Artículos 10 a 15) y la Parte IV, de Disposiciones Diversas, establece normas sobre la necesidad de promover la cooperación técnica con los países en desarrollo (Artículo 16), situaciones de emergencia (Artículo 17), protección en casos de conflicto armado (Artículo 18, casi idéntico al Artículo 29 de la Convención de Naciones Unidas), resguardo de datos e información vitales para la defensa o la seguridad nacionales (Artículo 19).

El Proyecto no hace distinción entre factores y usos, y por esa razón denomina factores a los usos. Por otra parte, tampoco se consideran como factores las normas de protección, que se regulan en forma separada.

### 3.2.2. Normas sobre soberanía o derecho de acceso a los acuíferos

El Artículo 3 del Proyecto de Artículos enuncia la soberanía y en consecuencia el derecho exclusivo de acceso de los Estados del acuífero sobre las partes de un acuífero o de un sistema acuífero transfronterizo que se encuentren en su territorio, declarando que: *Cada Estado del acuífero tiene soberanía sobre la parte de un acuífero o sistema*

---

<sup>38</sup> Argentina no es signataria de la Convención, que no se encuentra aún en vigor, de la que ningún país americano es Parte (marzo 2013).



*acuífero transfronterizo situada en su territorio. El Estado del acuífero ejercerá su soberanía de acuerdo con el derecho internacional y los presentes artículos.* Esta disposición, que no figuraba en el texto original propuesto por el Redactor Especial, elimina la posibilidad de considerar a los acuíferos un recurso de la comunidad internacional.<sup>39</sup> Sin embargo, ninguna norma del derecho internacional limita la soberanía del Estado supra-yacente sobre el subsuelo de su territorio y sus recursos. De acuerdo con esta postura, el agua podría pertenecer a la comunidad internacional, mientras que los hidrocarburos, aunque se encontrasen intercalados con los acuíferos, serían dominio soberano del Estado supra-yacente. Siendo ambos, el agua de los acuíferos y los hidrocarburos, recursos de importancia estratégica tanto para los Estados supra-yacentes como para la comunidad internacional, no se advierte cuál podría ser la razón para diferenciar el régimen jurídico de ambos recursos subterráneos.

### 3.2.3. Normas sobre utilización de los acuíferos

El Proyecto de Artículos describe en los Artículos 4 a 9 los principios que deben guiar la utilización de los acuíferos transfronterizos. En primer lugar establece el principio de utilización equitativa y razonable, pero no se limita a la simple enunciación del principio, sino que especifica que debe ser compatible con la distribución equitativa y razonable de los beneficios entre los Estados del acuífero, que deben realizar planes globales para su utilización (Artículo 4). La realización de planes globales está vinculada a la adecuada gestión del acuífero, y sobre la necesidad de elaborar y ejecutar planes al efecto insiste el Proyecto de Artículos, que propone además que siempre que resulte apropiado se establecerán mecanismos conjuntos de gestión (Artículo 14).

El principio del uso equitativo y razonable de los recursos naturales compartidos, también denominados internacionales o transfronterizos, reviste carácter de norma consuetudinaria, por lo tanto, su incorporación en el Proyecto de Artículos forma parte de la codificación del derecho inter-

---

<sup>39</sup> Martin-Nagle, Renee, "Fossil Aquifers: A Common Heritage of Mankind," *Journal of Energy & Environmental Law*, Winter 2011, pp. 39 - 60.

nacional y es una norma vinculante para los Estados. Luego el Proyecto enuncia que para llevar a cabo la utilización equitativa y razonable, que es tanto un proceso como un resultado, se deberán tomar en cuenta todos los factores pertinentes, entre ellos:

- “a) La población que depende del acuífero o del sistema acuífero en cada Estado del acuífero;
- “b) Las necesidades económicas, sociales y de otro tipo, presentes y futuras, de los Estados del acuífero en cuestión;
- “c) Las características naturales del acuífero o sistema acuífero;
- “d) La contribución a la formación y recarga del acuífero o sistema acuífero;
- “e) La utilización actual y potencial del acuífero o sistema acuífero;
- “f) Los efectos reales y potenciales que la utilización del acuífero o del sistema acuífero en uno de los Estados del acuífero produzca en otros Estados del acuífero en cuestión;
- “g) La existencia de alternativas respecto de una utilización particular actual y proyectada del acuífero o sistema acuífero;
- “h) El desarrollo, protección y conservación del acuífero o sistema acuífero y los costos de las medidas que se hayan de adoptar a tales efectos;
- “i) La función desempeñada por el acuífero o sistema acuífero en el ecosistema con él relacionado.

“2. El peso que se asigne a cada factor será determinado en función de su importancia con respecto a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo concreto en comparación con la de otros factores pertinentes. Para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable, se considerarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base de todos esos factores. No obstante, al ponderar las diferentes clases de utilización de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo, se prestará especial atención a las necesidades humanas vitales” (Artículo 5).

Como se advierte, los factores enumerados comprenden tanto las características del recurso como los usos a los que está sometido, además de las consecuencias hacia otros Estados, un conjunto heterogéneo de condiciones a tomar en cuenta para lograr el uso equitativo y razonable. Deja sin resolver, además, a quien corresponde determinar si el pro-

ceso y sus resultados cumplen con el principio, cuando no hay acuerdo al respecto entre los Estados del acuífero.

La obligación de no causar perjuicio sensible en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos es el siguiente principio de carácter consuetudinario que codifica el Proyecto de Artículos. La obligación de no causar perjuicio sensible a los otros Estados en la utilización de un recurso natural compartido es el umbral de legalidad de cada uso, que el Proyecto enuncia de la siguiente manera:

“1. Al utilizar un acuífero o sistema acuífero transfronterizo en su territorio, los Estados del ‘acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir que se cause un daño ‘sensible a otros Estados del acuífero o a otros Estados en cuyo territorio se halle situada ‘una zona de descarga.

‘2. Al emprender actividades diferentes de la utilización de un acuífero o sistema acuífero ‘transfronterizo que tengan o puedan tener un impacto en ese acuífero o sistema acuífero ‘transfronterizo, los Estados del acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para ‘prevenir que se cause un daño sensible a través de este acuífero o sistema acuífero a otros ‘Estados del acuífero o a otros Estados en cuyo territorio se halle situada una zona de ‘descarga.

‘3. Cuando no obstante se cause un daño sensible a otro Estado del acuífero o a un Estado ‘en cuyo territorio se halle situada una zona de descarga, el Estado del acuífero cuyas ‘actividades causen tal daño deberá adoptar, en consulta con el Estado afectado, todas las ‘medidas de respuesta apropiadas para eliminar o mitigar ese daño, teniendo debidamente ‘en cuenta las disposiciones de los artículos 4 y 5” (Artículo 6).

La obligación de no causar perjuicio sensible tiene un mecanismo complementario de notificación y consulta que debe funcionar de manera previa a ocasionar un perjuicio. En efecto, los Estados del acuífero tienen la obligación de notificar las actividades proyectadas que puedan tener efectos negativos sensibles en otros Estados del acuífero, a fin de que puedan evaluar tales posibles efectos (Artículo 15, párrafos 1 y 2). En caso de surgir divergencias sobre los posibles efectos los Estados involucrados deberán celebrar consultas y negociaciones a fin de alcanzar una solución equitativa; podrán también recurrir a la evaluación de los efectos de la actividad proyectada por un órgano independiente (Artículo 15, párrafo 3).

La obligación general de cooperar como mecanismo de alcanzar la utilización equitativa y razonable es otro de los principios de carácter consuetudinario que incorpora el Proyecto de Artículos. Así lo establece:

“1. Los Estados del acuífero cooperarán sobre la base de la igualdad soberana, la integridad territorial, el desarrollo sostenible, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización equitativa y razonable y una protección adecuada de sus acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos.

“2. A los efectos del párrafo 1, los Estados del acuífero procurarán establecer mecanismos conjuntos de cooperación” (Artículo 7).

La cooperación tiene facetas especiales con respecto a los Estados en desarrollo, con los que se deberá promover la cooperación científica, educativa, técnica, jurídica y de todo tipo para la protección y gestión de los acuíferos (Artículo 16). Otro aspecto especial de la cooperación se contempla para las situaciones de emergencia, en las que los “Estados prestarán cooperación científica, técnica, logística y de otra clase a otros Estados que sufran una emergencia. Dicha cooperación podrá incluir la coordinación de las acciones y las comunicaciones internacionales de emergencia, así como el suministro de personal, equipos y provisiones para responder a emergencias, conocimientos científicos y técnicos y asistencia humanitaria” (Artículo 17).

Los mecanismos habitualmente utilizados para poner en práctica el deber de cooperación en la utilización de los recursos naturales compartidos constituyen obligaciones de los Estados que revisten tanta importancia como los principios consuetudinarios que les brindan el marco normativo, y revisten asimismo carácter consuetudinario. El Proyecto de Artículos incorpora estos deberes en el Artículo 8 sobre Intercambio regular de datos e información, estableciendo como norma general que:

“Los Estados del acuífero harán todo lo posible, cuando corresponda, para reunir y procesar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los otros Estados del acuífero a los que sean comunicados.” (Artículo 8, párrafo 4). Este deber de intercambio de información encuentra su limitación, sin embargo, cuando los datos o información puedan ser vitales para la defensa o seguridad nacionales, situación en la que “los Estados no están obligados a proporcionarla” (Artículo 19).

El Proyecto también prevé que los Estados del acuífero podrán adoptar acuerdos bilaterales o regionales para proyectos o programas especí-

ficos o usos determinados, aunque deberán requerir el consentimiento de los otros Estados del acuífero si la actividad prevista en el acuerdo “pudiese afectar negativamente en grado significativo” su utilización del acuífero (Artículo 9).

Si bien en las disposiciones reseñadas del Proyecto codifican los derechos y obligaciones generales de los Estados con respecto a la utilización de los recursos naturales compartidos, a saber, el derecho a la utilización condicionado por el deber de que se lleve a cabo de manera razonable y equitativa así como las obligaciones de no causar perjuicio sensible y de cooperar para alcanzarla, el esquema adoptado mantiene la dificultad que impregna la Convención de 1997 al no establecer la prioridad entre el derecho a la utilización del recurso y la obligación de no causar perjuicio sensible, un debate especialmente arduo por el elemento de incertidumbre que contiene la norma de uso equitativo y razonable de los recursos naturales compartidos. Al dejar el debate en el mismo punto, el Proyecto seguramente encontrará las mismas dificultades para avanzar hacia un instrumento vinculante. Por otra parte, la entrada en vigor de un acuerdo, que lo vuelve aplicable para las Partes, no transforma a un convenio en un instrumento valioso en las relaciones internacionales si pocos Estados lo aprueban y si los actores relevantes no son parte en él. Tampoco lo hacen aplicables a controversias de países que no son parte en el tratado, como lo demostró la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en su decisión sobre las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (20.04.2010). [NOTA]

#### *3.2.4. Normas sobre protección de los acuíferos*

La Parte III del Proyecto de Artículos contiene las normas que tienen por objeto las medidas a adoptar para la protección y preservación de los acuíferos, y enuncia la obligación de los Estados del acuífero de prevenir, reducir y controlar su contaminación, que comprende el proceso de recarga, aplicando al efecto un criterio de precaución (Artículo 12). El Proyecto de artículos incorpora como complemento del deber protección y preservación un novedoso deber de vigilancia, en el que podrán colaborar también las organizaciones internacionales competentes (Artículo 13). Los Estados del acuífero tienen asimismo la obligación de proteger y preservar los ecosistemas vinculados con o dependientes del acuífero (Artí-

culo 10). De la misma manera, la obligación de proteger tanto los acuíferos como los ecosistemas con ellos vinculados o dependientes se extiende a las zonas de recarga y de descarga, y alcanza a los Estados que no sean parte del acuífero pero que tengan en su territorio zonas de recarga o de descarga (Artículo 11).

El Proyecto de Artículos no incluye un sistema de solución de controversias, como sí lo hace la Convención de Naciones Unidas de 1997 en su Artículo 33, revelando con esta omisión la reticencia de los Estados para aceptar la aplicación de normas internacionales a la gestión de los acuíferos transfronterizos.

#### **IV. El Acuerdo sobre el Sistema Acuífero Guaraní (2010)**

##### *4.1. Antecedentes:*

*El Proyecto de Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní (SAG)*

El Sistema Acuífero Guaraní (SAG) es un cuerpo hídrico subterráneo y transfronterizo que abarca parte de los territorios de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. El SAG corresponde a los acuíferos conocidos en el pasado en cada país como *Botucatu*, *Tacuarembó* y *Misiones* de acuerdo a las unidades estratigráficas que lo componen. El SAG “está constituido por el conjunto de rocas sedimentarias mesozoicas, continentales y, esencialmente clásticas, que se desarrolla en las cuencas de Paraná y Chaco-paranaense, limitado en su base por la discordancia regional permo-eotriásica y hacia el techo, por los basaltos cretácicos,” conformando “un extenso conjunto de estratos rocosos (formaciones geológicas) con características acuíferas, que conforman un vasto reservorio subterráneo de agua (cuenca hidrogeológica).”<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> *Programa Estratégico de Acción (PEA), Informe Enero 2009, Proyecto HGTMR, Sistema Acuífero Guaraní*, Reunión del Consejo Superior de Dirección del

A fin de avanzar en el conocimiento de las aguas subterráneas regionales, los gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, llevaron a cabo el *Proyecto de Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní* (PSAG), financiado con aportes de los países y con la cooperación financiera del Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM/GEF) y de otros organismos regionales. El proyecto se lanzó el 22 de mayo de 2003 y concluyó en diciembre de 2008, con la elaboración de un Programa Estratégico de Acción (PEA) que se publicó en enero de 2009. El PSAG tuvo como “ejes específicos” para su ejecución (I) La realización de estudios técnico-científicos de apoyo a la gestión del SAG, incluyendo análisis de diagnóstico, generación de nueva información y creación de un sistema de información y un banco de datos; (II) La evaluación de los marcos institucionales y normativos relacionados al tema “agua ‘subterránea’ en el ámbito nacional, regional y local; (III) La ejecución de mecanismos de gestión local de las aguas subterráneas del SAG en áreas piloto; (IV) El fortalecimiento de capacidades técnicas en temas relacionados a las aguas subterráneas y, (V) La difusión de información sobre aguas subterráneas y el SAG en todos los niveles de la sociedad.

Los estudios abarcaron un área de 1.087.879 km<sup>2</sup> y se confirmó que el SAG está presente en el subsuelo de los cuatro países, y que la formación geológica que alberga las aguas del SAG presenta continuidad en los cuatro países de la región. Se determinó que las aguas son en su mayor parte renovables, pero que su circulación es lenta y está dificultada por barreras y compartimentos naturales que condicionan el flujo subterráneo. Asimismo, se comprobó que, de forma general, el agua es de buena calidad, si bien presenta heterogeneidades naturales a pesar de la continuidad del acuífero. El informe consigna que no se identificaron problemas de contaminación o explotación excesiva, salvo en situaciones puntuales.

En el SAG existen diferencias químicas (el pH varía de 5 a 9 y la conductividad eléctrica varía de 100 a 2500 milisiemens/cm), hidráulicas (los niveles estáticos varían de cero a más de 200 metros), de accesibilidad y de temperatura (de 18 a 50 °C). Los estándares de uso del SAG también varían mucho (Fuente: SG/SAG, 2008).

Se ejecutaron cuatro proyectos piloto de administración del acuífero, dos de ellos en zonas fronterizas y los otros dos en un solo país. Los proyectos en zonas fronterizas son los proyectos piloto de Concordia-Salto (Argentina y Uruguay) y de Rivera-Santana do Livramento (Uru-

guay y Brasil). El primero abarca una extensión de 500 km<sup>2</sup> en ambas márgenes del Río Uruguay, y ha tenido efectos locales positivos, con la aprobación de normas para la regulación de los usos y la protección de las aguas subterráneas, que revisten características termales, a nivel local. En cuanto al último, abarca un área de 750 km<sup>2</sup> dedicada a la producción agrícola-ganadera y también forestal en Uruguay, con el SAG como principal fuente de abastecimiento. Los otros dos proyectos piloto son el de Itapuá (Paraguay), que abarca 800 km<sup>2</sup> en la zona agrícola-ganadera del extremo sureste de Paraguay y el de Ribeirão Preto (Brasil), que abarca 651 km<sup>2</sup> y comprende una zona urbana de alta densidad de población y una zona rural con actividad agrícola intensa, ambas con uso intensivo de las aguas del acuífero.<sup>41</sup>

#### *4.2. El Proyecto de Declaración de Principios Básicos y Líneas de Acción para el Sistema Acuífero Guaraní (2004)*

En 2004 los países del acuífero concluyeron el Proyecto de Declaración de Principios Básicos y Líneas de Acción para el Sistema Acuífero Guaraní (2004),<sup>42</sup> que enuncia los principios jurídicos básicos que los países del Acuífero consideran aplicables y que incorporarán en un futuro acuerdo a elaborarse sobre estas bases, según lo determina el Artículo 8. Estos principios básicos son el de soberanía o derecho exclusivo de acceso al acuífero, los principios de uso y de protección del acuífero. El principio de soberanía o acceso del Estado supra-yacente se enuncia en el Artículo 1, que declara que el Sistema Acuífero Guaraní “integra el respectivo dominio territorial soberano” de los respectivos países. Se enuncian a continuación los principios de uso del SAG, el primero de ellos el

---

Proyecto, 24-04-2008, Buenos Aires, Argentina, Consorcio Guaraní, <http://www.sg-guarani.org/>; Puri, S. and A. Aureli, *op. cit.*, pp. 173-174.

<sup>41</sup> *Análisis de Diagnóstico Transfronterizo (ADT)*, Montevideo, 29.03.2007, pp. 96-104, texto en <http://deltasur.org/tda-for-guarani-aquifer-spanish.pdf>

<sup>42</sup> MERCOSUR/CMC/DEC. N° 48/04, XXVII CMC - Belo Horizonte, 16/XII/04, [www.infoleg.gob.ar](http://www.infoleg.gob.ar)



principio de manejo racional, [equitativo] y sostenible (Artículo 2). De manera concomitante, se enuncia la obligación de no causar perjuicio sensible al realizar actividades y obras ni más allá de las propias fronteras ni al medio ambiente (Artículo 3), así como el compromiso de realizar tales actividades de acuerdo con los principios aplicables de derecho internacional y de los acuerdos relacionados en que sean parte (Artículo 5). Los Estados del SAG se comprometen además a mantener “adecuados niveles de información técnica” y de información sobre “estudios, actividades y obras en curso o proyectados” (Artículo 4). En cuanto a la protección del SAG, los países signatarios del Proyecto de Declaración se comprometen a preservarlo de la contaminación (Artículo 2), “en la forma y condiciones definidas por los Estados en cuyo territorio se encuentra localizado, contemplando los principios contenidos en esta Declaración” (Artículos 7 y 8 *in fine*), es decir, en el marco de las normas internacionales aplicables pero de acuerdo a las normas nacionales que los reglamentan. El Proyecto de Declaración prevé la identificación de áreas críticas, “especialmente en áreas de frontera” que podrán ser objeto de tratamiento especial (Artículo 6), admitiéndose, para estos casos, de manera expresa, el carácter transfronterizo de los efectos de la utilización de las aguas del SAG. Se puede comprobar que el Proyecto de Declaración se adapta a los lineamientos del Proyecto de Artículos que se encontraban en ese momento en elaboración por la Comisión de Derecho Internacional, a la que se pondrá en conocimiento de este documento (Artículo 9).<sup>43</sup>

#### 4.3. *El Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní (2010)*

El 2 de agosto de 2010 se suscribió en la ciudad de San Juan, Argentina, el *Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní*, en armonía con los principios ya aprobados como Decisión del Mercado Común del Mercosur en 2004. Este Acuerdo es significativo por su adopción temprana en el régimen de los acuíferos transfronterizos, ya que no existen hasta el momen-

---

<sup>43</sup> Doc. A/CN.4/539, 09.03.2004, Second Report on Shared Natural Resources: Transboundary Groundwaters, by Ambassador Chusei Yamada, Special Rapporteur.

to otros acuerdos similares entre Estados, colocando a los países del SAG en una posición de avanzada en el tema, sin que esta circunstancia califique el valor intrínseco de las cláusulas del Acuerdo. Si bien el convenio no ha entrado aún en vigor, cuenta ya con la aprobación de Uruguay y de Argentina, quedando aún pendientes las de Brasil y Paraguay.<sup>44</sup>

La parte introductoria del Acuerdo es relevante, ya que ubica el contexto normativo en el que se inserta y destaca los instrumentos de diverso origen que se tuvieron en cuenta en el proceso de elaboración. Ellos son: (i) la Resolución RES/A/1803 (XVII), del 14 de diciembre de 1962, sobre la *Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales*;<sup>45</sup> (ii) la Resolución RES/A/ 63/124, del 11 de diciembre de 2008, sobre *El Derecho de los Acuíferos Transfronterizos*, que como mencionamos *supra* transcribe el Proyecto de Artículos adoptado por la Comisión de Derecho Internacional;<sup>46</sup> (iii) los Principios de Estocolmo 1972<sup>47</sup> y Río 1992<sup>48</sup>; (iv) las conclusiones de las Cumbres de Desarrollo Sostenible de Santa Cruz de la Sierra de 1996<sup>49</sup> y de Johannesburgo de 2002;<sup>50</sup> (v) el Tratado de la Cuenca del Plata de 1969<sup>51</sup> y, (vi) el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur, de 2001.<sup>52</sup> Se tuvieron en cuenta, asimismo, “los valiosos resultados” obtenidos a lo largo del desarrollo del “Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero

---

<sup>44</sup> Aprobado por Uruguay por Ley N° 18.193 del 12 de junio de 2012 y por Argentina por Ley N° 26.780 del 31 de octubre de 2012.

<sup>45</sup> Texto en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/196/83/IMG/NR019683.pdf?OpenElement>.

<sup>46</sup> Texto en <http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r63sp.shtml&Lang=S>

<sup>47</sup> Drnas de Clément, Zlata (Directora), *Codificación y comentario de Normas Internacionales Ambientales vigentes en la República Argentina y en el MERCOSUR*, Ed. La Ley, S.A., Buenos Aires, 2001, *Declaración de Estocolmo de 1972 sobre Medio Humano*, pp. 1105-1110.

<sup>48</sup> Drnas de Clément, Zlata, *idem*, *Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, pp. 1110-1114.

<sup>49</sup> Drnas de Clément, Zlata, *idem*, *Declaración dd Santa Cruz de la Sierra y Plan de Acción para el Desarrollo Sostenible de las Américas*, pp. 1117-1137.

<sup>50</sup> Texto en <http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/>

<sup>51</sup> Texto en [www.cicplata.org/](http://www.cicplata.org/)

<sup>52</sup> Drnas de Clément, Zlata, *idem*, *Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR*, pp. 1137-1142.

Guaraní,” que permitieron no sólo aumentar los conocimientos físicos sobre el Acuífero sino evaluar su transcendencia social, económica y ambiental, en resumen, su importancia estratégica para la región.

La parte dispositiva del Acuerdo contiene veintidós disposiciones que que abordan se tratan la soberanía del Estado territorial sobre los acuíferos subyacentes en su territorio o principio de acceso, los principios sobre utilización y protección del SAG a ser aplicados, el esquema institucional a establecerse, el mecanismo de solución de controversias y las disposiciones finales sobre vigencia del Acuerdo.

#### *4.3.1. Normas sobre soberanía o derecho de acceso al Acuífero*

La soberanía de los Estados supra-yacentes sobre el Acuífero y su concomitante derecho de acceso está convalidada en el Artículo 1 del Acuerdo, que afirma que el Sistema Acuífero Guaraní “integra el dominio territorial soberano” de cada uno de los países del Acuífero. La definición es similar pero no idéntica a la del Artículo 3 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, que reonocce la “soberanía” de los Estados del acuífero sobre las partes del acuífero transfronterizo que se encuentre en su territorio. Los términos empleados por el Acuerdo parecen más apropiados para el derecho interno que para el derecho internacional, al referirse al “dominio territorial,” al que califica de soberano, pero no directamente a la “soberanía.”

El “dominio territorial” podría equipararse al dominio público, concepto de derecho administrativo que en gran parte de la doctrina argentina se define como el dominio del Estado sobre los bienes públicos, similar al dominio privado pero limitado por la inalienabilidad y la imprescriptibilidad al encontrarse afectados al uso público. Sin embargo, la dificultad de esta asimilación del dominio público con el privado reside en que por asimilarse al derecho privado no incluye la jurisdicción o *potestas*, por lo tanto considera el dominio público un conjunto de bienes y no una facultad para reglamentar el uso de esos bienes.<sup>53</sup> La soberanía, por otra parte, es un

---

<sup>53</sup> Spota, Alberto, *Tratado de Derecho de Aguas*, T. II, Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1941, p. 21; Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, T. IV, *Dominio Público*, TEA, Buenos Aires, 1952, p. 178; Martín, Liber, *op. cit.*, pp. 102-104.

conjunto de facultades, que puede comprender el dominio pero que es esencialmente la facultad de legislar, administrar y adjudicar, en el sentido de resolver controversias judiciales. Al unir dominio territorial con soberanía la definición del Acuerdo evidentemente concentra ambos factores, el dominio y la facultad de gobierno sobre tal dominio. El concepto se reitera nuevamente en la disposición siguiente, al confirmar que “cada Parte ejerce el dominio territorial soberano sobre sus respectivas porciones” (Artículo 2).

#### *4.3.2. Normas sobre protección del Acuífero*

Las Partes adoptan el compromiso de conservar y proteger el SAG tanto en la cantidad como en la calidad de sus aguas, los dos aspectos en los que se ven afectados las aguas subterráneas contenidas en los acuíferos. La finalidad de los controles de protección que los signatarios del Acuerdo deberán elaborar y ejecutar es “asegurar el uso múltiple, racional, sustentable y equitativo de sus recursos hídricos” (Artículo 4).

Las medidas de protección también serán especialmente en las áreas fronterizas que el Acuerdo califica como críticas, que deberán ser identificadas para establecer de común acuerdo entre los ribereños medidas específicas de acuerdo a las circunstancias de la región tanto físicas como sociales, ambientales y económicas (Artículo 14).

#### *4.3.3. Normas sobre utilización del Acuífero*

La norma general para la utilización del Acuífero es la del aprovechamiento sostenible, en los términos utilizados en el Acuerdo “racional y sustentable,” utilizando el anglicismo ‘sustentable’ (Artículo 3). El Acuerdo dispone que para la realización de estudios, actividades y obras en el Sistema Acuífero Guaraní, se aplicarán los principios y normas del derecho internacional (Artículo 5), incorporando expresamente mediante esta disposición las normas de derecho consuetudinario que fuesen aplicables. En efecto, las normas convencionales son aplicables sin necesidad de reenviar a ellas, de manera que esta disposición reenvía a las normas de carácter consuetudinario y a los principios que revistan ese carácter.

La obligación de no causar perjuicio sensible a los otros ribereños o al medio ambiente es la norma general de conducta que se adopta en el

Acuerdo, enunciada en forma general en el Artículo 3 y reiterada en otras disposiciones, lo que pone de manifiesto la importancia que las Partes le otorgan. En efecto, la obligación de no causar perjuicio sensible integra el marco normativo general para la utilización del Acuífero (Artículo 3) y se aplica a la realización de actividades u obras (Artículos 6, 7, 10).

El deber de no causar perjuicio sensible está estrechamente vinculado a otro de los deberes incorporados en el Acuerdo, el de intercambio de información sobre actividades proyectadas, información que permitirá a las otras Partes evaluar la posibilidad de que la actividad en ejecución o proyectada le cause perjuicio sensible. Las Partes se reconocen mutuamente, en consecuencia, el deber de intercambiar información técnica sobre estudios, actividades y obras de aprovechamiento del Acuífero (Artículo 8) así como el de informar a las otras Partes las actividades que se propongan realizar y que puedan tener efectos más allá de sus fronteras, la que acompañarán con la información técnica correspondiente (Artículo 9). El deber de informar se complementa con la facultad que las Partes se otorgan de solicitar información cuando consideren que una actividad, obra o proyecto proyectada por un ribereño pueda ocasionarle un perjuicio sensible (Artículo 10). En caso de que considere que lo ocasionará, deberá fundamentar su objeción en forma documentada (Artículo 11.1). Al producirse este intercambio de puntos de vista opuestos, o por lo menos diferentes, en cuanto al alcance de los efectos que pueda ocasionar la actividad proyectada, las Partes deberán analizar la cuestión en forma conjunta y arribar “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 (Artículo 11.2). Asimismo, la posibilidad de que se produzca un perjuicio sensible activa la aplicación del principio precautorio, ya que se establece que en esa eventualidad deberán suspenderse, hasta un plazo de seis meses, las actividades emprendidas o proyectadas que potencialmente puedan causar perjuicio sensible (Artículo 11.3). El proceso de consultas y negociaciones no podrá extenderse más allá de un plazo de seis meses, durante el cual no podrá iniciarse o continuarse la actividad proyectada (Artículo 11.3). Sin embargo, si el procedimiento no concluye de manera satisfactoria podrá ser el origen de una controversia entre las Partes, que deberá solucionarse de acuerdo con el procedimiento establecido en el Acuerdo (Artículos 16 a 19). El Acuerdo dispone asimismo que en caso que el perjuicio sensible se hubiese producido, se lo deberá eliminar o reducir (Artículo 7).

En el procedimiento de solución de controversias tendrá participación la Comisión del Acuífero, que el Acuerdo establece en el ámbito del Tratado de la Cuenca del Plata (Artículo 15). La Comisión, a su vez, está vinculada al principio de cooperación para la utilización y protección de los recursos naturales compartidos o transfronterizos, otro de los principios consuetudinarios incorporados por el Acuerdo para regular las relaciones de las Partes. En este aspecto, el Acuerdo completa un esquema en el que los principios jurídicos y los procedimientos establecidos cuentan con el mecanismo institucional para aplicarlos, que a su vez participa en el procedimiento de solución de controversias. De esta manera se cierra el círculo de normas, instituciones de aplicación y solución de controversias.

El Acuerdo adquiere carácter programático al instrumentar el deber de cooperación a través de programas que permitan ampliar el conocimiento sobre el Acuífero, intercambiar informaciones y prácticas de gestión y desarrollar proyectos comunes (Artículo 12). No se prevén reuniones periódicas de las Partes para evaluar el cumplimiento de las actividades previstas en el Acuerdo. El deber de cooperación se acentúa para la identificación de áreas críticas en zonas fronterizas, que son motivo de especial atención (Artículo 14). Por otra parte, el deber de cooperación entre los ribereños no será un obstáculo para la realización de actividades unilaterales en sus respectivos territorios, si bien deberán ejecutarse de acuerdo con las normas del derecho internacional (Artículo 13).

#### *4.3.4. Procedimiento de solución de controversias*

El procedimiento de solución de controversias es detallado, y revela que las Partes le otorgaron decidido interés. En efecto, la dificultad para concluir estas disposiciones demoró entre 2004 y 2010 la adopción del Acuerdo. Se establece como norma general el procedimiento de que se deberá informar a la Comisión una vez conformada (Artículo 16), a la que se podrá solicitar de común acuerdo que evalúe la situación y formule recomendaciones (Artículo 17) en un plazo no mayor a los sesenta días desde que fue presentada la solicitud (Artículo 18). Este procedimiento no reviste carácter obligatorio para las Partes, que podrán aceptar, o no, las recomendaciones formuladas por la Comisión, supuesto este último en el que la controversia permanecerá activa. La etapa posterior es recurrir

a una instancia jurisdiccional, que se adopta en la forma de un procedimiento arbitral. Sin embargo, será optativo para las Partes someterse al arbitraje, que es una posibilidad y no una obligación. Si se decide recurrir al arbitraje, por otra parte, la decisión deberá ser comunicada a la Comisión del Acuífero Guaraní (Artículo 19.1). El procedimiento arbitral, a su vez, no está desarrollado en el Acuerdo y se prevé reglamentarlo posteriormente mediante un protocolo adicional (Artículo 19.2).

#### *4.3.5. Comisión del Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní*

A fin de instalar un mecanismo de coordinación de las actividades y proyectos conjuntos que se encaren para el SAG, los Estados del Acuífero acuerdan establecer una Comisión “en el marco del Tratado de la Cuenca del Plata, y de conformidad con el Artículo VI de dicho Tratado” (Artículo 15). Las funciones y el mecanismo de funcionamiento de la Comisión del Acuífero se establecerán en su reglamento. Ubicar la Comisión del Acuífero en el Tratado de la Cuenca del Plata tendrá efecto en su futuro funcionamiento y en el cumplimiento de sus objetivos, y por esa razón será útil analizarlo. El Tratado de la Cuenca del Plata fue suscripto en Brasilia, el 23 de abril de 1969, por los cinco países que abarca la cuenca del Río de la Plata, a saber, Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay. Tiene por objeto “promover el desarrollo armónico y la integración física de la Cuenca del Plata y de sus áreas de influencia directa y ponderable”(Artículo I).<sup>54</sup> El Tratado, que entró en vigor el 14 de agosto de 1970, estableció diversos órganos para poner en ejecución un objetivo tan ambicioso. El de mayor jerarquía es la Reunión de Cancilleres de los Países de la Cuenca del Plata, que adopta las resoluciones, exclusivamente por unanimidad, para el cumplimiento de los fines del Tratado (Artículo II); el órgano de funcionamiento regular es el Comité Intergubernamental Coordinador de los Países de la Cuenca del Plata (CIC), integrado por los representantes de los países ribereños de la Cuenca, con capacidad para administrar el presupuesto del CIC, hacer el seguimiento de los proyectos y actividades que se encaren y cumplir las

---

<sup>54</sup> Texto en [www.cicplata.org](http://www.cicplata.org)

demás funciones que le asigna el Tratado (Artículo III); y el órgano administrativo de carácter permanente, la Secretaría General, con sede en la ciudad de Buenos Aires, donde también se realizan habitualmente las reuniones del CIC.

En el marco del Tratado se crearon otros organismos vinculados a su esquema institucional. En 1974 se adoptó el Convenio Constitutivo del Fondo Financiero para el Desarrollo de la Cuenca del Plata (FONPLATA),<sup>55</sup> una institución con personalidad internacional vinculada en sus propósitos y en la constitución de su patrimonio al marco institucional del Tratado de la Cuenca del Plata, siendo la sede del CIC depositaria de los instrumentos de ratificación del Convenio Constitutivo (Artículo 42). El objetivo del Fondo es “financiar, dentro de los términos del Tratado de la Cuenca del Plata, la realización de estudios, proyectos, programas y obras tendientes a promover el desarrollo armónico y la integración física” de la Cuenca (Artículo 3). La vinculación de FONPLATA con los órganos del Tratado de la Cuenca del Plata se expresa específicamente en las resoluciones pertinentes de los Cancilleres y en los Artículos 3, 4 (f), 12, 21, 40, 44, 45, 46 del Convenio Constitutivo.

En 1991 se incorporó como órgano del Tratado de la Cuenca del Plata el Programa de la Hidrovía Paraguay-Paraná (Puerto de Cáceres-Puerto de Nueva Palmira),<sup>56</sup> programa de mejoramiento de la navegación que se realiza a través del Comité Intergubernamental de la Hidrovía Paraguay -Paraná (CIH). El Programa y el CIH forman parte de las instituciones del Tratado de la Cuenca del Plata sin dependencia institucional del CIC.

El esquema del CIH es el que deberá replicarse para la Comisión del Acuífero Guaraní, dotándolo de la necesaria solidez institucional. El Artículo 15 del Acuerdo no especifica cómo se insertará la Comisión en el Sistema del Tratado de la Cuenca del Plata, con o sin dependencia del CIC, condición que será decisiva para poder cumplir de manera eficiente sus funciones. En efecto, por la importancia del Acuífero, la futura Comi-

---

<sup>55</sup> Suscripto en Buenos Aires el 12 de junio de 1974, en cumplimiento de las Resoluciones N° 5 (IV) y 44 (V) de los Cancilleres de los Países de la Cuenca del Plata, texto en [www.fonplata.com/documentos/](http://www.fonplata.com/documentos/)

<sup>56</sup> Resolución N° 238 (XIX), 1991, de la XIX Reunión de Cancilleres de los Países de la Cuenca del Plata.



sión deberá tener igual jerarquía institucional que el CIC, con la necesaria autonomía para el cumplimiento de sus objetivos, con sus propios representantes, su propio presupuesto y su propio mecanismo de adopción de recomendaciones o decisiones. Debe también tenerse presente que sólo cuatro de los cinco países miembros del Tratado de la Cuenca del Plata son parte del Acuífero Guaraní. El sistema institucional de la Cuenca del Plata, concentrado en el CIC, no se ha destacado por los logros obtenidos en más de cuarenta años de vigencia.

Si se llegase a colocar a la futura Comisión del Acuífero como órgano subsidiario del CIC, esa dependencia le quitaría toda efectividad, y le impediría desempeñar la función de “coordinar la cooperación” entre las Partes que el Acuerdo le atribuye. Sólo otorgándole la necesaria autonomía podrá la Comisión del Acuífero Guaraní circunvalar las dificultades de funcionamiento que el CIC ha exhibido.

Con respecto al quórum para deliberar y adoptar decisiones, la Comisión del Acuífero debería evitar replicar las dificultades de funcionamiento de la Cuenca del Plata. La regla de la unanimidad, que el Tratado de la Cuenca del Plata establece para la adopción de resoluciones por parte de la Conferencia de Cancilleres, se aplica, aunque el Tratado no la reitera, para el funcionamiento del CIC y de otros órganos subsidiarios, como la Unidad de Proyectos. Interpretada de manera estricta, tomando en cuenta no sólo los miembros presentes y votantes sino todas las Partes del Tratado, la unanimidad se convierte en un veto permanente, ya que la simple ausencia de una Parte impide deliberar y adoptar decisiones. El reglamento de la Comisión del Acuífero debería evitar esta aplicación de la unanimidad, y restringirla al consenso de los miembros presentes en cada reunión. El futuro reglamento de la Comisión del Acuífero Guaraní debería establecer un quórum de tres miembros presentes para sesionar y adoptar decisiones. No está de más recordar que la Carta de las Naciones Unidas requiere para algunos casos la unanimidad de los Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad, que se interpreta como la totalidad de los Miembros Permanentes presentes y votantes. El CIC, que también tiene cinco miembros permanentes, no debería ser más estricto.

#### *4.3.6. Disposiciones sobre vigencia del Acuerdo*

El Acuerdo, que no admite reservas (Artículo 20), entrará en vigor luego de las correspondientes aprobaciones por todos los signatarios, siendo

Brasil el depositario (Artículo 21). Si bien tiene duración ilimitada, puede ser denunciado, produciendo efecto la denuncia un año después de realizada. La denuncia no interrumpirá los procedimientos de solución de controversias que se encuentren en curso ni el cumplimiento de las recomendaciones o fallos que se hubiesen pronunciado (Artículo 22).

La reseña realizada permite afirmar que el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní contiene las normas básicas necesarias para encarar una gestión adecuada y coordinada de un recurso natural de gran magnitud y proyección estratégica. Es un instrumento equilibrado que permitirá, si los países del Acuífero lo aplican, avanzar en el conocimiento de su funcionamiento y en la protección de su calidad y cantidad que es uno de los objetivos prioritarios. Para lograr estos objetivos, serán decisivas las funciones de la Comisión del Acuífero, que será la institución que tendrá a su cargo supervisar los proyectos y programas de cooperación que se establezcan.

## V. Comentarios finales

Ante el carácter *sui generis* de los acuíferos transfronterizos un derecho que tome en cuenta sus características y naturaleza comienza a abrirse paso en la agenda de las instituciones académicas, destacándose en este aspecto la tarea de la International Law Association, y de las conferencias internacionales, desde la Conferencia del Agua de Mar del Plata de 1977. En el lapso transcurrido desde entonces, los esbozos de la doctrina y las recomendaciones de las organizaciones internacionales se insertaron en el derecho internacional a través de programas para los acuíferos transfronterizos, especialmente a través del impulso de la UNESCO y sus programas especializados en acuíferos transfronterizos (Proyecto ISARM). Las unidades subnacionales de Estados federales suscribieron acuerdos para sus acuíferos interjurisdiccionales y finalmente los Estados concluyeron acuerdos sobre acuíferos transfronterizos, entre los que se destaca el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní (2010). En pocas décadas, un marco específico para los acuíferos transfronterizos se ha consolidado. Si bien el número de acuerdos es incipiente, los principios que sostienen son concordantes.

La doble naturaleza territorial e hídrica de los acuíferos es un desafío para el derecho. La roca y el agua, íntimamente conectadas, no modifican su respectiva naturaleza estática y fluida. El aprovechamiento de los recursos naturales compartidos tiene como principio general la utilización equitativa, norma consuetudinaria omnicomprendiva aplicable a todo tipo de elemento natural. La norma general de utilización equitativa se complementa con las normas particulares para los acuíferos transfronterizos. Las normas específicas no sólo son coherentes con la norma general de utilización equitativa de los recursos naturales compartidos, sino que esencialmente tienen la finalidad de interpretar y facilitar la aplicación de esa norma consuetudinaria devenida principio general.

El aprovechamiento de los recursos naturales compartidos o transfronterizos es un proceso continuo y dinámico, regulado por las normas generales que abarcan su aprovechamiento y protección. En efecto, los principios jurídicos nutren la integridad del derecho, que no tiene ámbitos vacíos, pero la aplicación de tales principios requiere grados crecientes de normas particulares. Instrumentos como el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional y el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní afianzan el *corpus iuris* de los acuíferos transfronterizos, consolidan la creación de un marco normativo propio que posibilitará la protección *ex ante* frente a la amenaza de la mitigación *ex post*, la tragedia visible de la naturaleza.

Para que puedan esperarse resultados beneficiosos del Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní, la Comisión que el Acuerdo establece para su aplicación deberá concebirse con la capacidad y la agilidad necesarias para impulsar el cumplimiento del Acuerdo. Crear un marco jurídico es establecer un mecanismo para que produzca resultados, ya que un convenio no ejecutado nada resuelve. La entrada en vigor del Acuerdo y el establecimiento de la Comisión serán el punto de partida para evaluar la potencialidad de lograr sus objetivos.

Otros acuerdos regionales podrían adoptarse en América del Sur, región excepcionalmente abundante en aguas continentales. El Sistema Acuífero Yrendá-Toba-Tarijeño, compartido por Argentina, Bolivia y Paraguay, brinda la posibilidad de replicar lo ya avanzado en el Sistema Acuífero Guaraní adoptando un acuerdo de similares características. Nuevos acuerdos contribuirían además a consolidar el derecho sobre los acuíferos transfronterizos.

El vocablo ‘alumbrar’ designa tanto ‘echar luz’ como ‘descubrir o sacar a la superficie algo que estaba bajo tierra, particularmente agua’<sup>57</sup>. El agua subterránea contenida en los acuíferos no sólo debe ‘alumbrarse’ para ser utilizada, también debe ‘alumbrarse’ el conocimiento, la cuantificación, la valorización y la protección de esta riqueza que reposa oculta en el subsuelo.

---

<sup>57</sup> María Moliner, *Diccionario del Uso del Español*.

## EL MERCOSUR: 20 AÑOS DESPUÉS

*Adriana Dreyzin de Klor*

*«La clave es la pasión. Para estar en tu elemento,  
tiene que encantarte lo que haces.  
Si algo te encanta, si algo te apasiona y, además, se te da bien,  
nunca vuelves a trabajar porque vives la vida que te corresponde vivir.  
Te conviertes en tu yo más auténtico”*

Sir Ken Robinson

**Sumario:** Un merecido homenaje. I. El plan de exposición. II. A modo introductorio. III. A manera de respuesta. Algunas realizaciones positivas... y su correlato. 1. El Código aduanero del MERCOSUR. 2. MERCOSUR – Israel: Tratado de Libre Comercio. 3. El Acuerdo Político del MERCOSUR. IV. Reflexiones.

### Un merecido homenaje

Cuando fui invitada a participar del homenaje que colegas y amigos rendirían a la querida profesora Zlata Drnas de Clement, no titubee un instante en sumarme al proyecto y agradecer infinitamente ser convocada a tal efecto. La decisión se sustenta en el profundo afecto que siento hacia Zlata, en la enorme admiración que me inspira así como en el absoluto respeto intelectual y personal que genera en quienes la conocemos.

Compartir experiencias con Zlata Drnas es un privilegio inenarrable. En lo personal, deseo destacar su generosidad ya que merced al tiempo dedicado a escuchar, analizar y compartir numerosas problemáticas del Derecho internacional y del Derecho de la integración regional, contribuyó a enriquecer el conocimiento en ámbitos que, en no pocos casos, resul-

tan inermes. Mi agradecimiento a su entrega incondicional en el campo de la ciencia jurídica es imponderable, sin embargo, en el terreno que más le debo es en el de la vida misma.

La frase que precede esta entrega refleja fielmente la actitud de Zlata frente a la enseñanza y la investigación, abarcando toda su trayectoria académica. Si una característica cabe destacar es que Drnas no trabaja en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba sino que disfruta día a día el ejercicio de su pasión.

## I. El plan de exposición

El 26 de marzo de 2011 se han cumplido veinte años desde la firma del Tratado de Asunción por el cual se lanza MERCOSUR como proceso de asociación económica, a la arena internacional.

En este trabajo voy a ceñirme expresamente a una etapa determinada, muy breve por cierto, pues me ubico en el inicio del segundo decenio de este siglo, o sea en 2010 y, particularmente, refiero tres puntos específicos de lo actuado en el bloque subregional. Sin embargo, a efectos de situarnos en tema proponemos una breve introducción para finalmente, concluir con aspectos que diría, devienen naturalmente, de los ámbitos que abordamos a los que sumamos algunas reflexiones que surgen del análisis en presencia.

Como bien se conoce MERCOSUR es un esquema que, más allá de los profundos vaivenes que lo caracterizan<sup>1</sup>, se ha instalado en este escenario global con vocación de permanecer y, prácticamente en todas las reuniones del Consejo Mercado Común (CMC) celebradas semestralmente, se advierte un común denominador cual es la reafirmación de los

---

<sup>1</sup> Nos hemos referido a MERCOSUR, sus antecedentes, estructura, metodología, fuentes jurídicas, así como al modelo adoptado y al sistema de solución de controversias en: A. Dreyzin de Klor, 'The Legal-Institutional Structure of MERCOSUR', en *The Law of MERCOSUR*, Toscano Franca Filho /Lixinski /Olmos Giupponi, editores, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010, pp. 29-55.

gobiernos de profundizar las relaciones que vinculan a los Estados Parte (EP) y avanzar en políticas alineadas en esa dirección<sup>2</sup>.

Sin embargo, a la hora de evaluar los predicamentos que se reiteran en las declaraciones de los gobernantes de los EP y bajar línea a la arista fáctica, el balance no parece corresponderse con las aspiraciones formuladas ya que muchos son los sectores en que se avizoran marcados signos de incumplimiento de cronogramas preestablecidos e inoperancia en orden a las acciones que fueran y son multilateralmente consensuadas<sup>3</sup>.

El motor netamente político que conduce y moviliza el bloque no permite reflejar en términos de resultado, las acciones instrumentadas y plasmadas en los documentos jurídicos originarios y derivados de que se nutre la asociación<sup>4</sup> ya que éstos no terminan de independizarse de su germen intergubernamental.

En este orden de ideas, nos interesa destacar la ambivalencia que observa el fenómeno subregional en su devenir y a tal efecto el plan que nos hemos trazado en esta oportunidad consiste en referir algunos aspectos positivos que identificamos a partir de 2010 sobre los que efectuamos una breve reseña, a la vez que nos detenemos en las consecuencias que

---

<sup>2</sup> Las actas de las Reuniones del CMC, sea sobre las reuniones ordinarias, sea las extraordinarias, están disponibles en la página web de la Secretaría del MERCOSUR: <http://www.mercosur.int/>

<sup>3</sup> Recuérdese que el sistema de toma de decisiones en MERCOSUR es el consenso, conforme se establece en el Protocolo de Ouro Preto sobre estructura institucional (POP), Art. 37. Ahora bien, en función de la carencia de órganos supranacionales a nivel legislativo, a los efectos de cobrar vigor, buena parte del acervo jurídico aprobado por los órganos con potestades para dictar las normas, no gozan de caracteres tales como: efecto directo y aplicación inmediata.

<sup>4</sup> La fuentes jurídicas originarias de Mercosur son los instrumentos que dan nacimiento al bloque; empero, se incluyen también aquellas que implican cambios sustanciales de carácter estructural, esto es, las que determinan el organigrama vertebral del proceso como las que establecen o modifican el sistema de solución de controversias y las referidas a la cláusula democrática, a los derechos humanos y a su contextualización. Se deben considerar también, las fuentes que efectúan modificaciones a estos temas que son sustancia y esencia del proceso de integración. Acerca de los instrumentos jurídicos originarios puede verse: A. Dreyzin de Klor/ A. Perotti, *El derecho originario del Mercosur*, Marcial Pons, Barcelona, Buenos Aires, Madrid, 2011.

derivan de cada uno de dichos actuados. Estimamos que la perspectiva nos facilita una visión actual del esquema que a la vez resulta útil, pues se acota específicamente al plano de realizaciones.

Sin embargo, no podemos anclarnos en esta orilla, debemos continuar y lo hacemos posando la mirada en la contra cara de esos mismos ámbitos que en principio, se destacan por estar encolumnados en el haber del balance. Pero sucede que muestran también una faz negativa: la que obra de freno para que la positividad de la acción sea efectivamente el impulso que se necesita para obtener resultados beneficiosos a los fines propuestos y de hecho, favorables al desenvolvimiento de la región.

## **II. A modo introductorio**

La crisis económica que afecta el mundo se vincula a numerosos factores, no cabe un análisis reduccionista, siendo los procesos regionales instrumentos idóneos para cumplir un rol protagónico a fin de trasponer el túnel en que nos encontramos.

Los objetivos propuestos a la hora de generar estos esquemas económicos no han variado; el fracaso, a nuestro entender, radica en la metodología adoptada y la dinámica que registran muestra su agotamiento en función de resultados.

Recetas que fueron muy fructíferas en una determinada época no se avienen a las circunstancias coyunturales de los estados, tornándose necesario -y diría indispensable- investigar nuevas fórmulas que se compadezcan con la situación por la que atraviesan las naciones. Si una duda no cabe plantear en el marco de los debates permanentes que se llevan a cabo en los foros internacionales, es la importancia de respetar la pervivencia de los procesos de integración, en tanto la globalización ha dejado asentado que no es a través de modelos de autosuficiencia que puede emergerse de los flagelos económicos, financieros, sociales, políticos y culturales que hoy acontecen.

Las aspiraciones proclamadas en los tratados fundacionales de los esquemas económicos confluyen en una enunciación equivalente, que no es otra que la que fuera también incorporada en el Tratado de Asunción, a saber: el propósito de mejorar la calidad de vida de los pueblos de la región a través del desarrollo económico con justicia social.



La pregunta que deviene incontestable y contundente es ¿qué hacemos para dirigirnos hacia esa meta? ¿tomamos acaso las medidas necesarias para caminar en esa dirección? ¿Somos capaces de encauzar el bloque por los canales que permitan dar cumplimiento a los principios que inspiraron y orientaron a sus fundadores?<sup>5</sup>

### **III. A manera de respuesta: algunas realizaciones positivas y... su correlato**

No pocas veces, frente a situaciones “buenas” y “malas”, nos interrogamos acerca del orden en el cual darlas a conocer o en el que preferimos recibirlas. En este caso no hay alternativas pues las cuestiones encolumnadas en el haber inducen directamente a inferir a modo de correlato, la reacción que provocan en su columna paralela, esto es la interfaz que obstaculiza el cumplimiento de su concreción, provocando además, aunque no siempre, efectos refractarios a los buscados.

Entrando de lleno a nuestra propuesta, la elección efectuada y volcada en el listado que presentamos se debe a diversas causas, empero nos

---

<sup>5</sup> El MERCOSUR nace dentro del esquema subregional de ALADI (Asociación Latinoamericana de Derecho de la Integración, 1980) que se crea a su vez, reemplazando a la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, 1960). Valiéndose de los instrumentos incorporados por ALADI como son los acuerdos de alcance parcial (AAP) y los acuerdos de complementación económica (ACE), los presidentes de Argentina y Brasil, Alfonsín y Sarney, respectivamente, consideraron que los países sudamericanos que alcanzaron la democracia a mediados de la década de los ochenta del siglo pasado, debían unirse para afrontar los desafíos que planteaba un mundo dividido en bloques, los que venían mostrando sus bondades, particularmente las entonces Comunidades Europeas. Cuando Paraguay y Uruguay recobran también el sistema democrático de gobierno, se integran a los países que habían iniciado el proceso mediante la firma de acuerdos de amistad, de paz y de desarrollo que devienen en la reunión de Asunción del 26 de marzo de 1991 en que se signa el Tratado de Asunción para la creación del Mercado Común del Sur. Las aspiraciones de los presidentes giraron principalmente en torno a un eje, alcanzar desarrollo económico con justicia social y a tal efecto establecieron la estructura primigenia, así como la metodología a seguir durante una primera etapa que culminaría en 1994, para abordar entonces mecanismos más profundos en aras de la finalidad perseguida.

convocó principalmente abordar temas que enraízan en ámbitos materiales diferentes. Cabe aclarar que no ha sido nuestra intención agotar la enumeración de hechos acaecidos en el período señalado, aunque nos animamos a adelantar que dada una suerte de estancamiento que observa el proceso, no son muchos más los que descuellan<sup>6</sup>.

Las actuaciones destacables, conforme nuestro criterio, por las razones que se describen en cada ítem, son las siguientes:

1. la aprobación del Código Aduanero del MERCOSUR;
2. la entrada en vigor del primer tratado de libre comercio entre el bloque y un país extra región;
3. la aprobación del Acuerdo Político para la consolidación del MERCOSUR.

### *1. El Código Aduanero MERCOSUR*

La importancia de contar con un código aduanero en un territorio integrado está fuera de todo debate. La aprobación del cuerpo normativo que contiene las disposiciones concernientes al MERCOSUR (CAM), fue elaborado por un Grupo Ad Hoc que trabajó intensamente durante un importante período, en este acervo por el cual se pretendía establecer y unificar las definiciones e institutos fundamentales o de base en materia aduanera.

Su aprobación tuvo lugar en la XXXIX Reunión Cumbre del CMC celebrada en la provincia de San Juan, Argentina<sup>7</sup> y, no obstante haber considerado el órgano superior del bloque que esta decisión trascendente constituye un punto de inflexión en el devenir regional,<sup>8</sup> estimamos que

---

<sup>6</sup> Entre otras actuaciones salientes que podrían haberse incluido en este pequeño período que hemos tomado para acotar el trabajo, cabría hacer mención a la aprobación de proyectos FOCEM (Fondo estructural de convergencia de MERCOSUR) y a la Decisión referida a la ciudadanía del MERCOSUR.

<sup>7</sup> Se trata de la Decisión del CMC N° 27/10 signada el 2/8/2010.

<sup>8</sup> En este sentido se pronunció el titular de la AFIP de Argentina, Ricardo Echegaray, quien destacó que “se trata de una plataforma normativa que brinda seguridad jurídica y en consecuencia que permite potenciar y multiplicar los negocios

podrá evaluarse su eficacia, una vez que sea incorporada a la legislación interna de los EP y se convenga la interpretación uniforme y aplicación de las reglas en la asociación económica<sup>9</sup>.

Cabe consignar que estos estadios no se logran por decreto; se legitiman mediante un sistema que opere en forma articulada con el significado de lo que verdaderamente implica una unión aduanera, o sea que exista un arancel externo común y, en consecuencia se implemente la eliminación de doble cobro de los derechos aduaneros, aunque tratándose de cuatro países podría también existir el triple cobro - atendiendo a que las perforaciones arancelarias no pueden aceptarse como excepciones que terminen finalmente, invirtiendo la regla y el modelo. Asimismo, la instancia va de la mano de políticas comunes como son, entre otras, la no fijación de cuotas y medidas de efecto equivalente a las arancelarias que, si bien se sustentan bajo otros parámetros, son una práctica inapropiada e inadecuada para el proceso.

Coincidimos con doctrina autorizada en destacar la importancia de incorporar el CAM a las legislaciones nacionales porque indudablemente, su vigencia facilitará y favorecerá el paso a la unión aduanera<sup>10</sup>, empero de acuerdo al carácter del modelo, deben seguirse los procedimientos que cada estado determina a tal efecto.

Ahora bien, en Argentina, los planteos judiciales a que ha dado lugar la regulación referida a los derechos de exportación relativizan la vigencia de la normativa aprobada a la vez que desconocen la jerarquía de los órdenes jurídicos que incluso, constitucionalmente, han sido establecidos<sup>11</sup>.

---

en la región”. Entre los datos proporcionados en las jornadas “Código Aduanero del MERCOSUR desde la óptica de sus redactores” se destaca que durante los primeros siete meses de 2010, el comercio intrazonal registró operaciones por cerca de 24 mil millones de dólares. Ver: *Gacetilla de AFIP*, Argentina, n° 2921, 2010.

<sup>9</sup> Acerca de la interpretación uniforme del derecho de la integración puede verse: L. Klein Vieira, *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la integración - Unión Europea, Comunidad Andina y MERCOSUR*, IBdef, Montevideo/Buenos Aires, 2011.

<sup>10</sup> Conf. A. Perotti, “El Código Aduanero del MERCOSUR está por encima del nacional”, en *El Observador*, sección Marítimas, Montevideo, Uruguay, 25/10/2010, p. 16.

<sup>11</sup> Ver Constitución de la Nación Argentina, Art. 75, incs. 22 y 24.

En un esquema con peculiaridades ostensibles es menester contemplar que la profundización y desarrollo del proyecto de asociación económica reside en la actuación uniforme de las administraciones aduaneras que sirven a los países involucrados. Asimismo, la frontera exterior debe ser común a fin de proporcionar neutralidad en el tratamiento de los intercambios y otorgar rangos de certeza y de previsión a los operadores económicos que deberán conocer la legislación aduanera y estar en situación de comprobar que las consecuencias de su aplicación encomendada a las aduanas, habrá de producir en el área integrada idénticos efectos en cualquiera de ellas. Se trata de alcanzar una identidad de resultado que conlleva la mentada seguridad jurídica como adjetivación esencial para la credibilidad en el proceso<sup>12</sup>.

Va de suyo que, como hemos adelantado, terminar con el cobro de arancel por país y la distribución de la renta aduanera hace a la naturaleza propia de estos esquemas y no es menos veraz, que no se conforma una unión aduanera de un día para otro, empero el respeto de las reglas y los cronogramas para encaminar el modelo requiere una férrea voluntad de los estados que se involucran y un sistema de solución de controversias independiente, que establezca sanciones que se cumplan y sean consecuentes para obrar de garantes de los acuerdos alcanzados.

En Mercosur no se alcanzó aún la unión aduanera pues no puede hablarse de la existencia de un verdadero territorio aduanero común “fruto de la aplicación de una política comercial común y una legislación aduanera uniforme”<sup>13</sup>.

En definitiva, si bien la aprobación del CAM es en principio, uno de los hitos positivos de los últimos tiempos, obra como contra cara de esta Decisión, por una parte, la naturaleza de este instrumento jurídico que más que un código aduanero es un código marco en el sentido de requerir nuevas decisiones que completen, complementen y pongan en marcha la cobertura de las necesidades aduaneras así como la implementación de

---

<sup>12</sup> En este orden de ideas se han pronunciado los expertos que participaron en la elaboración del CAM. Ver “El Código Aduanero del MERCOSUR”

<http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=2636&IdSeccion=2>

<sup>13</sup> Conf. R. Basaldúa, “Comentarios al Código Aduanero del Mercosur, aprobado en la provincia de San Juan (Argentina) en agosto de 2010 (decisión CMC 27/2010)”, en: *El Derecho*, Buenos Aires, 16 de setiembre de 2011, p. 1.

un arancel externo común<sup>14</sup>. Por otro lado, es también un obstáculo a su implementación, la carencia de efectos directos y aplicación inmediata de la normativa del MERCOSUR, siendo su falta de incorporación a la fecha<sup>15</sup> por los ordenamientos internos de los EP<sup>16</sup> una diáfana muestra de los déficit del esquema.

No olvidamos otro gran problema de este fenómeno regional que radica en la carencia de una estructura institucional con órganos jurisdiccionales debidamente legitimados; problema que alcanza al universo completo de planteos de MERCOSUR<sup>17</sup>.

De todos modos, podremos pronunciarnos con mayores visos de certeza sobre la operatividad del CAM, cuando su funcionamiento haga a la cotidianeidad del proceso.

## 2. MERCOSUR – Israel: Tratado de Libre Comercio

En el marco de las relaciones externas, el MERCOSUR ha firmado acuerdos con otros procesos de integración regional como con otros paí-

---

<sup>14</sup> En esta línea resulta altamente ilustrativa la referencia de E. Barreira al expresar que las normas ‘marco’ son incompletas por lo que la Resolución 40/06 que en su Anexo circunscribe el alcance del Código Aduanero a un Código Marco, reduce el objetivo a una propuesta de mínima. Ver E. Barreira, “Aspectos institucionales que presenta el Código Aduanero del MERCOSUR”, en: Guía práctica de comercio exterior, Buenos Aires, 30 de octubre de 2010, n° 178, pp. 3-8. EN el mismo orden de ideas se pronuncia A. Perotti quien sostiene que contar con normas marco no es apropiado para la instrumentación de un ‘código aduanero’. Art. cit. supra.

<sup>15</sup> 15 de setiembre de 2011.

<sup>16</sup> Acerca de la naturaleza del derecho de la integración y la necesidad de su incorporación a los ordenamientos internos, ver L. Scotti, “El derecho de la integración en el MERCOSUR”, en: *Derecho de la integración* (S. Negro, Directora), IB de f, Montevideo, Buenos Aires, 2010, pp. 78-79.

<sup>17</sup> Siendo que en los países de MERCOSUR la democracia es condición para ser parte del proceso, y atendiendo a que ello implica garantizar la libre elección de las autoridades mediante la activa participación ciudadana que a su vez asegura la competencia entre quienes aspiran a dirigir los respectivos destinos de los estados, el trasvasamiento del concepto al bloque, deja muy en claro la falta de esta condición.

ses, comprometiéndose mediante tratados con diversos alcances. Pese a no contar con órganos de carácter supranacional, está dotado de personalidad jurídica internacional y por tanto tiene facultades para negociar como bloque ante terceros países o agrupaciones de países<sup>18</sup>. Hasta la signatura del Protocolo de Ouro Preto<sup>19</sup>, el bloque subregional negociaba con estados u organismos internacionales bajo un esquema de 4 + 1<sup>20</sup>. En la actualidad, aunque el que rubrica los acuerdos es el bloque regional, se acepta que las partes signatarias sean dos, si bien los firmantes son los cuatro países por el MERCOSUR. A pesar de las directivas emanadas del derecho originario, los primeros pasos en el camino de relacionarse externamente no han estado exentos de marchas y contramarchas<sup>21</sup>.

---

Con solo echar un vistazo a la conformación de la estructura institucional se advierte de forma meridiana las razones que sustentan la afirmación. Sobre la caracterización y clasificación de los esquemas de integración puede verse: S. Negro, *Derecho de la Integración*, IB de f, Montevideo, Buenos Aires, 2010, pp.33-48.

<sup>18</sup> En función de lo dispuesto por el artículo 34 del Protocolo de Ouro Preto sobre Estructura Institucional, signado en diciembre de 1994, con vigor en todos los EP, 1 MERCOSUR celebró acuerdos de integración de diversos alcances entre los cuales podemos citar sin pretender abarcar más que algunos ejemplos, el Acuerdo Marco de cooperación MERCOSUR – Unión Europea (1995); el Acuerdo de Complementación Económica (ACE) entre los gobiernos de los EP de MERCOSUR y la República de Chile (1996); el ACE 36 con Bolivia (1996); el Acuerdo Marco para la creación de una zona de libre comercio MERCOSUR – Comunidad Andina de Naciones (1998); el ACE 54 con los Estados Unidos Mexicanos (2002) el ACE 58 con Perú (2003); el Acuerdo Marco entre MERCOSUR y la India (2003); el ACE 59 entre la Comunidad Andina de Naciones y el MERCOSUR (2004); entre otros.

<sup>19</sup> Ver art. 34 POP.

<sup>20</sup> En la práctica, el reconocimiento de subjetividad internacional conlleva, desde una visión clásica, no sólo el derecho a celebrar tratados internacionales, sino también el derecho de legación, la facultad de intervenir en procedimientos de solución de diferencias, la atribución de participar activa y pasivamente de relaciones de responsabilidad internacional y el derecho de ejercitar privilegios e inmunidades. Otras prerrogativas que doctrinariamente se añaden tienen que ver con el establecimiento de vínculos cooperativos, la participación en el seno de organizaciones internacionales, cumbres y otros foros, sin olvidar la imposición de sanciones internacionales. Sobre la personalidad jurídica reconocida a MERCOSUR por el POP, ver C. Harrington, “Mercosur ¿veinte años no es nada?”, *Breviario de Relaciones Internacionales*, Córdoba, 2011.

<sup>21</sup> Se han identificado como los rasgos más salientes del relacionamiento exterior del MERCOSUR: falta de criterios de selección unificados en orden a

En este plano, el bloque suscribió con Israel un acuerdo de libre comercio, el que entra en vigor para Argentina desde el 10 de agosto de 2011, encontrándose actualmente vigente entre los cuatro EP de MERCOSUR e Israel<sup>22</sup>.

Su relevancia se consigna atendiendo a las siguientes causas:

- Representa el primer y único acuerdo comercial de esta naturaleza por fuera de América del Sur. Existe otro de similares características que comprende el MERCOSUR y las naciones andinas, en un contexto peculiar que va integrando bilateralmente a las naciones hasta confluír en un acuerdo único, a los 15 años de su firma, es decir, en 2018.
- Es resultado de dos años de negociaciones que culminan en un acuerdo que abarca al 90 por ciento del comercio entre Israel y el MERCOSUR con un calendario de reducciones arancelarias progresivas a los cuatro, ocho y diez años de su entrada en vigor en cada uno de los socios del bloque, que bien sabemos, es el mayor de América Latina;
- Israel posee una composición productiva diferente de la que ostentan los países del MERCOSUR ya que en el caso del país de Medio Oriente está conformada por bienes industriales muy com-

---

orientar el acercamiento con determinados países o regiones; acuerdos marcos no continuados y carencia de continuidad en negociaciones emprendidas; objetivos y metodología en negociaciones con modalidades variables, sin que se expliciten los motivos de las elecciones de los distintos formatos (preferencias fijas, áreas de libre comercio o acuerdos de cooperación más amplios); aumento progresivo de agenda y de actores; iniciativas aisladas, según el impulso dado por cada Presidencia Pro Tempore (PPT) u otros estamentos MERCOSUR, como el caso de la Comisión de Representantes Permanentes de MERCOSUR (CRPM) organizando misiones conjuntas comerciales, entre otros; dificultad para establecer prioridades y conductas de trabajo; limitación en los recursos destinados al REM y falta de decisión para la creación de grupos especiales o utilización de asesoramiento técnico. C. Harrington, *Relacionamiento externo del MERCOSUR: Concertación de posiciones en foros universales de producción jurídica. El caso UNCITRAL*. En prensa. 2011.

<sup>22</sup> El Tratado de Libre Comercio MERCOSUR-Israel entró en vigencia entre Uruguay e Israel, a partir del 23 de diciembre de 2009; entre Brasil e Israel, 15 de marzo de 2010, entre Paraguay e Israel, el 24 de marzo de 2010. Argentina es el cuarto país en ratificarlo

petitivos en tanto que en la faz agrícola la economía es más limitada que la de los estados sudamericanos.

- La firma del Acuerdo exigió esfuerzos negociadores importantes para lograr un equilibrio entre ambas dotaciones productivas. La liberalización mutua se fija a través de plazos que se irán desarrollando a partir de la vigencia del tratado. Se han establecido reglas de libre comercio, aunque con excepciones basadas en cuotas.
- Se prevé lograr un aumento del escaso comercio bilateral, que para la Argentina representó en 2007 ventas por valor de 170 millones de dólares e importaciones por aproximadamente la mitad. Han tenido marcada influencia para ello la panoplia de acuerdos bilaterales de Israel, principalmente los que vinculan al país con la Unión Europea y con los Estados Unidos, que representan los dos tercios de su relación comercial con el mundo.
- El acuerdo permitirá que los exportadores de ambas partes signatarias incrementen sus negociaciones que a la hora actual se encuentran limitadas por la desventaja representada por los compromisos de Israel con otras naciones así como por los que MERCOSUR tiene signados entre los países que lo integran y con países de América Latina.
- Es un precedente altamente evaluable para que los EP de MERCOSUR reencaucen sus relaciones externas buscando nuevos mercados y reasignando un valor agregado a sus negociaciones con terceros países extra región.

Pese a las aseveraciones vertidas, aún no estamos en situación de considerar si la operatoria que se desenvuelve mediante este acuerdo extra región es conveniente en materia de encauzamiento de relaciones comerciales del bloque y afirmar certeramente que es positiva la firma y puesta en vigor del Tratado conforme los puntos señalados *supra*. Todo hace pensar que debemos responder afirmativamente y así aspiramos que sea; sin embargo, preferimos estar atentos a las estadísticas que deparará un estudio consistente que es en definitiva, el que permita adelantar criterio con respecto a esta negociación y las que convenga llevar delante de aquí en más.



### 3. *El Acuerdo Político del MERCOSUR*

Otra Decisión aprobada en el seno del CMC<sup>23</sup> que merece destacarse por sus bondades, es la aprobación del Acuerdo Político del MERCOSUR, el que particularmente interesa por dos motivos. En primer término, determina el cronograma que deberá seguirse para que el Parlamento MERCOSUR responda cuantitativa y cualitativamente a lo dispuesto en la Decisión que le da origen<sup>24</sup>; en tanto que desde otro ángulo, establece que se avance en la creación de un tribunal de justicia del MERCOSUR<sup>25</sup>. Esta carencia institucional que sufre el esquema desde sus inicios ha sido objeto permanente de críticas en función de los graves obstáculos que implica la falta de un sistema de justicia que legitime el fenómeno regional y brinde sustento real en cuanto a la interpretación uniforme del derecho de integración<sup>26</sup>.

La faz negativa en el devenir del Parlamento de MERCOSUR en el período al que hemos acotado este trabajo se observa en la inercia en que permaneció buena parte del tiempo a raíz de la falta de cumplimiento de los países de lo plasmado normativamente. En este orden, bajo la presi-

---

<sup>23</sup> MERCOSUR/CMC/DEC. N° 28 /10, Criterio de representación ciudadana.

<sup>24</sup> Protocolo constitutivo del Parlamento del Mercosur. MERCOSUR/CMC/DEC N° 23/05. [http://www.mercosur.intt\\_ligaenmarco.jsp?title=off&contentid=2608&site=1&channel=secretaria](http://www.mercosur.intt_ligaenmarco.jsp?title=off&contentid=2608&site=1&channel=secretaria)

<sup>25</sup> En efecto, El TPR no puede ser considerado un órgano jurisdiccional que cubre las necesidades que el esquema de integración amerita. No desconocemos que es una pieza relevante del entramado existente y que su actuación hasta tanto se concrete la creación del órgano jurisdiccional del MERCOSUR es necesaria. Pero no es una Corte de Justicia supranacional pues no cuenta con plenas competencias para velar por el debido respeto del esquema de integración, tampoco garantiza todo el acervo normativo que requiere de interpretación común cualquiera sea el territorio en que resulte de aplicación dentro del bloque.

<sup>26</sup> Nos hemos referido en un sin número de oportunidades a la importancia que reviste un tribunal de justicia supranacional. Desde los albores del Mercosur se viene señalando esta falencia como una de las causas que genera el gran déficit democrático que presenta el esquema. A. Dreyzin de Klor, *El MERCOSUR: generador de una nueva fuente de Derecho internacional privado*, Zavalía, Buenos Aires, 1997. Muy analíticamente trata el tema A. Perotti, *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*, KAS/Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008.

dencia *Pro Tempore* de Brasil, el Parlamento prácticamente no realizó actividad alguna ya que no se procedió a la elección de parlamentarios de ese país tal como esta aprobado en las Decisiones respectivas.

#### IV. Reflexiones

Luego de estas afirmaciones surgen un sin fin de interrogantes, aunque podríamos sintetizarlos en una pregunta: el MERCOSUR, veinte años después ¿es lo que aspiramos que sea? Es real que apenas hemos referido un mínimo de lo actuado en la asociación en un período sumamente breve; sin embargo las consecuencias de los hechos enunciados traen a la superficie problemas que lo atraviesan de raíz.

Ciertamente, no están dadas las condiciones para realizar una evaluación de ese orden. En cambio, intentaremos brindar algunas pautas que pueden coadyuvar a reconducir el camino; se trata de eslabonar una suerte de metodologías fruto de una profunda convicción que no es otra que creer en la integración como proceso necesario para optimizar la vida de los pueblos en su calidad y desarrollo. Partimos de una premisa, y es que estos procesos, al resultar altamente imbuidos de factores sociológicos, condicionados por las situaciones políticas, cuyo ritmo depende en mucho de coyunturas económicas, son normativizados de modo tal que muy difícilmente pueda articularse un acervo jurídico como sistema<sup>27</sup>.

Cabe consignar que reconocemos el principio de previsibilidad, fruto del análisis y las investigaciones de factores endógenos y exógenos que permiten atesorar el alcance de las decisiones en orden a los tiempos de implementación, a los beneficios y / o perjuicios que propenden de tales axiomas. Sin embargo cada vez con mayor asiduidad, la realidad demuestra claramente que las variables desarrolladas a nivel mundial influyen directamente en los procesos, fenómeno que no habilita a modificar las

---

<sup>27</sup> Entendemos por sistema a un conjunto de principios, normas o reglas, enlazados entre sí, acerca de una ciencia. Asimismo, es cualidad de un sistema el conjunto ordenado y armónico que contribuye a una finalidad. Ver: M. Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 1998, p. 918.

reglas de juego sobre las que se construyen y se sustentan las regiones conformadas.

De esta suerte, es dable rescatar la desprolijidad de llevar a cabo modificaciones que puedan alterar valores rubricados como son la certeza y la seguridad jurídica que se propicia a manera de principios rectores en torno a los cuales los protagonistas, sean inversores, sean operadores o en general los ciudadanos, pueden enfocarse. Empero, esto no significa desconocer la importancia de flexibilizar variables, que no implica lo mismo que desconocer valores fundantes.

Son varios los motivos que actúan como disparadores del rol que debe asumir el esquema regional en la arena internacional frente a la crisis en que se encuentran numerosos países del mundo.

El siglo XXI brinda una nueva oportunidad a los EP de MERCOSUR que encuentran campo fértil para mezclar cartas y beneficiarse con el nuevo reparto.

El mundo muestra una increíble proliferación de acuerdos regionales. De allí que Badguatti se haya referido al plato de spaghetti como la figura que caracteriza el comercio internacional en el mundo de nuestros días<sup>28</sup>. Esta metáfora va de la mano de la dominación del regionalismo. Sin embargo, los acuerdos, principalmente incentivados por la Unión Europea y los Estados Unidos, han dejado afuera la agricultura y la agroindustria; se trata de sectores no liberalizados en plenitud en la faz negocial.

¿Qué tiene que ver el fenómeno con MERCOSUR? Tiene mucha relación pues se entienden, por ejemplo, las razones por las que ha tenido una gran incapacidad para comprometerse a través de tratados. De esta suerte, es que destacamos el enorme logro de haber alcanzado por primera vez la entrada en vigencia del acuerdo extracontinental.

¿Qué es necesario hacer hoy para emerger del estancamiento en que nos encuentra este aniversario de los primeros veinte años del esquema?

---

<sup>28</sup> Conf. B. Nofal, "La estrategia de negociaciones comerciales internacionales y el desarrollo", en: [http://www.google.com.ar/search?client=safari&rls=en&q=La+estrategia+de+negociaciones+Nofal&ie=UTF-8&oe=UTF-8&redir\\_esc&ei=drFTTr3JN8To0QHJq-n-BQ](http://www.google.com.ar/search?client=safari&rls=en&q=La+estrategia+de+negociaciones+Nofal&ie=UTF-8&oe=UTF-8&redir_esc&ei=drFTTr3JN8To0QHJq-n-BQ)

En primer término asumir la imperiosa necesidad de dotar al bloque de la institucionalidad que no tiene, acorde a los objetivos y crear una Corte de Justicia MERCOSUR. No alcanza con tener un tribunal integrado por árbitros que se reúnen frente al caso concreto y que no goza de los caracteres propios de una Corte de Justicia en ejercicio de las funciones que le competen.

En este orden de ideas, el Acuerdo Político ejerce su impronta, articulándose la Decisión con las conclusiones a las que se arribara en el Encuentro de Cortes Supremas de MERCOSUR celebrado en Buenos Aires<sup>29</sup> en el cual la creación un una Corte Suprema para el MERCOSUR fue tema de especial atención al punto que mereció un panel de desarrollo. Entre las conclusiones de ese Encuentro se destaca asimismo, la necesidad de crear “una comisión integrada por representantes de las Cortes Supremas del MERCOSUR cuya finalidad será vincular el Tribunal a crearse con las Cortes nacionales a fin de respetar la división de poderes, el funcionamiento de un tribunal *ad hoc*, y la consulta con los miembros del Parlamento del MERCOSUR”<sup>30</sup>.

La aspiración de bajar línea a tierra debe materializarse en lo inmediato pues las condiciones no solo están dadas sino que son las precisas y oportunas para recrear la institucionalidad del bloque.

Señalamos la institucionalidad y no quedarnos en la creación de la Corte de MERCOSUR pues, paralelamente a la creación del alto tribunal, debe ponerse en marcha el Parlamento MERCOSUR con todas sus atribuciones. Se ha tornado un imperativo cumplir el cronograma establecido normativamente y dotar al derecho mercosureño de los caracteres que debe gozar como derecho de la integración regional.

Desde lo operativo, no admite dilación el acatamiento del Art. 1 del Tratado de Asunción en cuanto refiere entre los recaudos para la creación de un mercado común, armonizar las políticas macroeconómicas. Tengamos presente que el término “armonizar” significa restringir los grados de libertad en el manejo de la política interna y, en términos de integración, la armonización es sinónimo de garantía de un espacio o área de

---

<sup>29</sup> VII Encuentro de Cortes Supremas de la región celebrado en Buenos Aires entre el 2 y 4 de setiembre de 2009.

<sup>30</sup> <http://www.cij.gov.ar/conferencia-cortes-mercosur.html>.

estabilidad como condición necesaria aunque no suficiente, para avanzar en políticas de desarrollo.

Políticas adecuadamente direccionadas confluyen en aras de la profundización de los bloques económicos y en el caso de MERCOSUR, bien pueden modificar el rumbo con relación a los obstáculos que hoy detienen su afianzamiento.



# APORTE DE LA DINÁMICA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO AL DERECHO INTERNACIONAL<sup>1</sup>

María del Luján FLORES  
Carlos SAPRIZA

## Aspectos generales

Este trabajo busca analizar la evolución de las garantías constitucionales en el sistema interamericano, con énfasis en la interacción que se produce entre los sistemas de derecho interno y el sistema regional que tiene su centro en la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a fin de extraer sus consecuencias sobre la dinámica del orden jurídico internacional.

Las garantías constitucionales para determinar la evolución del sistema jurídico presentan alguna ventajas con respecto a otros objetos de estudio tales como el espacio de tiempo que cubren, que en el caso del Amparo, comienza antes que el sistema interamericano y en el caso del Habeas Data después, lo que permite realizar comparaciones y determinar la existencia de límites más o menos claros a los institutos.

Se trata de institutos que aunque vinculados al dominio constitucional resultan de gran importancia en el campo de los derechos humanos. La

---

<sup>1</sup> Las opiniones vertidas en el presente trabajo son de índole estrictamente personal y no comprometen posición oficial alguna.

\*Embajadora. Representante permanente de la República Oriental del Uruguay ante la Organización de los Estados Americanos.

\*\*Funcionario del Servicio Exterior de la República Oriental del Uruguay.

enorme expansión de la idea y contenido del concepto de los derechos humanos a partir de la segunda mitad del siglo XX se vio acompañada del reconocimiento de su universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación. Ellos tienen como denominador común la necesidad del respeto de la dignidad humana.

A partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas y otros organismos multilaterales regionales se fueron adoptando numerosos instrumentos procesales de tutela de derechos humanos cuya esfera protectora abarca tanto el ámbito nacional como el internacional. La influencia recíproca del derecho internacional de los derechos humanos y los derechos internos, de sus normas, institutos y jurisprudencia ha sido cada vez mayor, proceso que continúa y se profundiza en el momento actual.

La preocupación por la promoción y protección de los derechos humanos llevó a que a las garantías judiciales genéricas se sumaran protecciones específicas como lo son el Amparo, el Hábeas Corpus y el Habeas Data a cuyos orígenes difusión y límites, nos referiremos en particular.

## **El Amparo**

El vocablo amparo proviene del latín “anteparare” que significa prevenir, favorecer, proteger. Con precedentes en el derecho romano, sus orígenes se sitúan en la Edad Media en las instituciones aragonesas y castellanas que en Latinoamérica recibieron una importante influencia angloamericana, particularmente proveniente de los Estados Unidos y cristalizaron en modalidades propias.

El amparo ha sido consagrado a nivel universal y regional. En el ámbito universal la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 establece en su artículo 8:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley”.

Asimismo, en los Pactos Internacionales de derechos humanos suscritos el 16 de diciembre de 1966, particularmente el de Derechos Civiles y Políticos se consagra el recurso. En este sentido, el artículo 2 dice:



“3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La Asamblea General de las Naciones Unidas expresó su convicción de que la aplicación dentro del sistema jurídico de los Estados de los recursos de amparo, habeas corpus y otros recursos jurídicos con el mismo propósito, era de fundamental importancia para proteger contra las detenciones ilegales o arbitrarias, obtener la libertad de los detenidos por opiniones políticas o las actividades sindicales y determinar el paradero y la suerte de las personas desaparecidas, así como proteger contra la tortura u otros tratos crueles o degradantes, exhortando a los gobiernos que garantizaran el goce completo del derecho de amparo, del habeas corpus u otros recursos jurídicos aplicables a sus sistemas jurídicos (resolución 34/178 de 17 de diciembre de 1979).

A nivel regional, en el momento actual, hay tres grandes sistemas de protección de derechos humanos: el europeo, el interamericano y el africano.

El sistema africano se funda en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 27 de julio de 1981 1que incluye en un mismo instrumento derechos individuales y colectivos. La Carta establece sus mecanismos de aplicación y supervisión de derechos que si bien tienen influencia en los sistemas regionales europeo e interamericano también presentan diferencias con estos. En un mismo instrumento se garantizan los derechos civiles y políticos así como los derechos económicos, sociales y de los pueblos. En la Carta no se establecen cláusulas generales de suspensión de derechos. Los derechos civiles y políticos están su-

jetos a condiciones que limitan su ejercicio en determinadas circunstancias a través de las denominadas “clausulas limitativas”<sup>2</sup>.

El sistema europeo se basa en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales comúnmente denominado Convención de Derechos Humanos, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 y sus 14 protocolos adicionales. Además, se adoptaron otros instrumentos de carácter preventivo de violaciones de los derechos humanos como la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, con las modificaciones introducidas el 3 de mayo de 1996.

La Convención de Derechos Humanos consagra el derecho a un recurso efectivo en el artículo 13 que dice: “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de 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”.

Asimismo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 47 establece el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. En el Derecho de la Unión se garantiza un derecho a un recurso eficaz ante un juez. El Tribunal de Justicia consagró este derecho en su sentencia de 15 de mayo de 1986 como un principio general del Derecho de la Unión (Johnston, asunto 222 84, Rec. 1986, p. 1651 y posteriores).

El sistema interamericano se funda en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969 y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 2 de mayo de 1948 cuyo artículo 18 relativo al derecho de justicia, dice:

“Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

---

<sup>2</sup> Saavedra Alvarez, Yuria “El sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos” Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Año 2008. Vol VIII .

Por su parte el artículo 25 de la Convención Americana, bajo el título “Protección judicial” recoge en el párrafo 1 el recurso de amparo:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.<sup>3</sup>

En el párrafo 2 de la misma disposición se señalan los compromisos a que los Estados Partes se obligan para lograr la eficacia de este derecho:

“2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

En virtud del art. 25 de la Convención es obligación de los Estados ofrecer a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción un recurso oficial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, que en la Convención son los derechos civiles y políticos a que se refieren los artículos 3 a 24. Lo que se consigna claramente es el principio de efectividad de los instrumentos o medios procesales para proteger los derechos humanos contra violaciones y en caso de que estas se produzcan proveer lo necesario para remediarlas. Es decir que el recurso debe existir, pero la exigencia no se agota con su previsión sino que para que el Estado cumpla con lo establecido en la Convención debe garantizar esos

---

<sup>3</sup> En el artículo 25.1 de la Convención Americana se adoptó un criterio similar al contenido en el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 en el sentido de que la protección procesal de los derechos humanos y el amparo debe operar tanto cuando la violación hubiese sido cometida por actos de particulares (implícitamente consignado) como por actos de aquellos que actúan en ejercicio de funciones oficiales.

derechos en la práctica. Este punto fue ampliamente desarrollado en la Opinión Consultiva OC-9/87 párrafo 24.<sup>4</sup>

Como bien señala el profesor Héctor Gros Espiell en un análisis comparativo entre las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos<sup>5</sup> existe una equivalencia parcial entre el art. 25 de la Convención Americana y el art. 13 de la Convención Europea que a pesar de no prever un recurso sencillo y rápido ni contener un compromiso como el del párrafo 2 del artículo 25 se basa también en la necesidad de reconocer la existencia de un recurso judicial interno para garantizar el respeto de derechos fundamentales.

El artículo 25 de la Convención Americana resulta así directamente aplicable en el derecho interno cuando el Estado Parte ya previó el ampa-

---

<sup>4</sup> Opinión Consultiva OC-9/87. 24. El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (*Casos Velásquez Rodríguez, Fiaren Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz. Excepciones Preliminares*, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 91 y 92, respectivamente).

Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

<sup>5</sup> Gros Espiell, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*. Ed. Jurídica de Chile, 1991, p. 116 y 117.

ro en su ordenamiento y si tal previsión no existe la norma internacional (art. 25.1) suple el vacío y el amparo es procedente a nivel interno por imperio directo del derecho internacional. Lo que hace que tanto el artículo 25 como el artículo 7 de la Convención Americana sean recursos útiles, efectivos, es el ser susceptibles de aplicarse directamente en el orden jurídico de los Estados Parte, estén o no previstos en dicho ordenamiento pues aun si la legislación interna es restrictiva o limitativa hay primacía del derecho internacional que resulta aplicable directamente.

El juez Augusto Cançado Trindade al referirse a la interacción entre el derecho interno de los Estados Parte y la Convención Europea subrayó el impacto que el instrumento internacional ha tenido en las legislaciones internas produciendo en ciertos casos cambios a fin de armonizar las leyes nacionales de los Estados miembros con el sistema de la Convención así como también la influencia del derecho interno en dicho sistema. Señala que tanto la Convención Europea como la Americana, además de contar con sus propios órganos y mecanismos para la protección de los derechos humanos confían principalmente en la legislación, órganos y procedimientos del derecho público interno, hecho ampliamente reconocido en la experiencia bajo la Convención Europea en la que tribunales de los Estados Parte interpretan y aplican el art. 13 de dicha Convención.<sup>6</sup>

La amplia gama de acepciones y regímenes de amparo en América Latina tiene como común denominador frente a la lentitud de la justicia el constituir mecanismos para la protección de derechos y libertades quedando para una instancia posterior la discusión sobre el fondo del asunto. Se trata de un instituto de garantía de las personas en resguardo de sus derechos de libertad contra el Estado.<sup>7</sup> Es un procedimiento rápido, sencillo y eficaz generalmente judicial aunque también puede darse en vía administrativa. El primer país de la región que introdujo el amparo en su ordenamiento jurídico fue México pero luego este instrumento protector

---

<sup>6</sup> Cançado Trindade, Antonio Augusto. Formación, consolidación y perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana N° 22, 1993, México DF, p. 163.

<sup>7</sup> Cappelletti, Mauro. Amparo en EdD. La giurisdizione costituzionale delle libertà. Milano 1976, p. 329.

se fue recogiendo con mayor o menor amplitud en la casi totalidad de las legislaciones.

El juicio de amparo en México recibió influencia directa de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y se desarrolló en distintas etapas, en sus inicios en la Constitución de Yucatán de 1841, el Acta de Reformas de 1847 cuyo artículo 25 sirvió de base para las primeras demandas de amparo y en la Constitución Federal de 1857, artículos 101 y 102. Luego de extensos debates y de amplia interpretación de las normas constitucionales la Constitución de 1917 en sus artículos 103 y 107 perfeccionó el instituto y la ley de 10 de enero de 1936 lo reguló. Es una institución compleja, que incorporó el habeas corpus, la inconstitucionalidad de las leyes, la casación, el contencioso administrativo y el proceso social agrario, alguno de los cuales son medios de impugnación ordinarios, es decir que, a través de las distintas funciones del juicio de amparo mexicano se tutela todo el orden jurídico.

En el ámbito latinoamericano la esfera de protección del amparo no se recogió con esa amplitud pero tuvo recepción generalizada tanto a nivel constitucional como legislativo, con variantes en su denominación. En efecto, él se fue consignando bajo el nombre de amparo (Guatemala), Juicio de amparo (México), Proceso de amparo (El Salvador, Perú), Acción de amparo (Argentina, República Dominicana, Ecuador, Honduras, Paraguay, Venezuela, Uruguay), Recurso de amparo (Bolivia, Costa Rica, Nicaragua, Panamá), Acción de tutela (Colombia), Recurso de Protección (Chile), Mandamiento (o mandado) de Seguridad (Brasil) en veinte países de la región. A nivel constitucional se prevé en Argentina (art. 43 párrafos 1 y 2), Bolivia (art. 19), Brasil (art. 5° LXIX y LXX), Colombia (art. 86), Costa Rica (art. 48), Chile (art. 20), Ecuador (art. 95), El Salvador (art. 247), Guatemala (art. 265), Honduras (art. 183), México (arts. 103 y 107), Nicaragua (arts. 45 y 188), Panamá (art. 50), Paraguay (art. 134), Perú (art. 200.2) y Venezuela (art. 27).

República Dominicana no cuenta con una disposición constitucional específica pero el instituto fue incorporado por vía jurisprudencial por la Suprema Corte en virtud del art. 25.1 de la Convención Americana de la que es Estado Parte que prevé la necesidad de un recurso rápido y efectivo que ampare frente a violaciones de derechos fundamentales, en aplicación de los artículos 3 y 10 de la Constitución que reconocen como fuente los tratados internacionales.

Con la excepción de Chile donde el recurso de protección se regula en un cuerpo normativo de la Suprema Corte de Justicia denominado Auto Acordado; el resto de los países latinoamericanos antes mencionados cuentan con textos legislativos específicos sobre amparo o que regulan su relación con otros medios judiciales de protección de la Constitución como las acciones de inconstitucionalidad o con institutos como el habeas corpus y habeas data.

En Uruguay, el amparo tiene raíz constitucional, pues sin ser nombrado se recoge en el artículo 7 de la Constitución y de su interpretación sistemática con los artículos 72 y 332 del mismo cuerpo normativo, constituyendo de acuerdo a la doctrina nacional un tríptico ineludible.<sup>8</sup> La consagración legislativa del instituto tuvo lugar con la ley n° 16011 del 19 de diciembre de 1988. Asimismo se previó un amparo específico para la protección de los niños y adolescentes que suma a la protección dada por la citada ley 16011 las disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia, ley n° 17.823 de 7 de setiembre de 2004 artículos 195 y siguientes.

---

<sup>8</sup> Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967 (reformada parcialmente en 1989, 1994, 1996 y 2004), art. 7:

«Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y prosperidad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general». Esta norma proviene del art. 130 de la primera Constitución de 1830, regida y codificada.

Art. 72:

«La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Art. 332: «Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que esta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

Como garantías específicas de carácter jurisdiccional en el derecho uruguayo se encuentran:

- 1) el recurso de habeas corpus (art. 17 de la Constitución)
- 2) la acción de amparo
- 3) el instituto del habeas data (implícito en los artículos 7, 28, 72 y 332 de la Constitución) y regulado por ley 18331 de 11 de agosto de 2008.

A ello cabe agregar que Uruguay ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos en virtud de la aprobación legislativa dada por ley n° 15.737 de 8 de marzo de 1985; por consiguiente, el art. 25 del Pacto de San José relativo al amparo es de aplicación directa e integra a su vez el derecho internacional.

El papel de la jurisprudencia ha sido clave en el desarrollo y posterior evaluación del instituto. En este sentido es ilustrativo lo ocurrido en Argentina, tanto a nivel provincial como federal. En el campo provincial la incorporación de la acción de amparo se produjo a partir de 1955 de manera gradual y constante. En el ámbito nacional ella se originó a partir de dos fallos de la Corte Suprema argentina en los casos Ángel Siri de 27 de diciembre de 1957 y Samuel Kot de 5 de setiembre de 1958. El Tribunal modificó su criterio tradicional haciendo lugar a la acción de amparo para tutelar en forma inmediata derechos fundamentales pese a la ausencia de reglamentación expresa en virtud del concepto de “garantía implícita” de la propia Constitución. Tanto la doctrina como la jurisprudencia continuaron por ese mismo camino. Sin embargo, la legislación adoptada con posterioridad (ley 16.986 de 1966) fue más limitativa de la acción de amparo. La Corte Suprema dejó de lado esa normativa, pero la reforma constitucional de 1994 consagró en su artículo 43 una línea restrictiva.

## **El Habeas Data**

El Habeas data es un instituto relativamente reciente. Se originó en la década de los sesenta como respuesta del derecho frente a problemas que pueden surgir con el empleo de nuevas tecnologías de información, protege frente al mal uso de los datos personales por parte de los procesadores de datos de manera no autorizada o en contra de los requerimientos vigentes. A través de una acción judicial se solicita la exhibición de los registros públicos o privados donde figuran los datos personales a fin de tomar conocimiento de su exactitud y de ser necesario rectificarlos o suprimir aquellos inexactos o discriminatorios.

Esta garantía se funda en el derecho a la intimidad, a la seguridad y el honor, derechos reconocidos tanto a nivel universal como regional e interno. En efecto, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señalan:



“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o estos ataques”

A diferencia de lo que ocurre en la Convención Europea, la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere en el art 11 al respeto de la honra y respeto de la dignidad de toda persona. El párrafo 2 de esa disposición asegura el derecho de toda persona contra injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, su familia, su domicilio, correspondencia, así como de ataques a su honra y dignidad. Asimismo el párrafo 3 prevé la protección legal contra esos ataques o injerencias. El respeto de la reputación esta además previsto en el artículo 13.2 a) y es la base del derecho de rectificación y respuesta a que se refiere el artículo 14 del Pacto de San José.

Este derecho ya estaba incluido en el primer proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, en el de Chile y en el de Uruguay de 1965, así como en el de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El ejercicio de este derecho implica un procedimiento judicial que proteja los derechos en juego y determine si hay información inexacta o agravante. Las “condiciones” de la rectificación o respuesta serán establecidas por ley pero de no existir legislación al respecto se aplicara directamente la Convención en el ámbito interno

## **La difusión del Amparo y el Habeas Data en América Latina**

Cuando Héctor Fiz Zamudio<sup>9</sup> examina la evolución del Amparo en América Latina afirma que tras surgir en México, se extendió por América Central y luego pasó a América del Sur. Un patrón vinculado se

---

<sup>9</sup> Fiz Zamudio, Héctor “La protección procesal de los Derechos Humanos”, editorial de la Universidad Autónoma de México y editorial Civitas, España, Madrid, 1982, páginas 100 a 102

desprende también del patrón de datos que maneja Oscar Puccinelli<sup>10</sup> al analizar el Habeas Data.

La primera idea o hipótesis que manejaremos en relación con la difusión de estos institutos, es que existe una influencia geográfica importante.

Tal como surge de las tablas, existe tanto en el caso del Amparo como del Habeas Data, una relación clara con la ubicación geográfica. Es decir los Estados de una misma subregión han procedido a incorporar estos institutos en forma más o menos coordinada. Si se examina por ejemplo el amparo, se puede apreciar como América del Sur comienza a incorporar este instituto recién en los años cincuenta, en tanto que en el caso del Habeas data, lo hace desde fines de los ochenta<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Puccinelli Oscar R. "Tipos y subtipos de hábeas data en América latina", Editorial Astrea, 2004. Accesible en línea el 01/03/2013 en » <http://www.astrea.com.ar/book/doctrina0158/>»

<sup>11</sup> Aunque resulta obvio, si se desea un análisis riguroso, se puede recurrir a la estadística. Para ello se divide a los Estados en cuatro grupos por cada instituto:

- a. aquellos de América del Sur que incorporaron el instituto antes de cierto año,
- b. aquellos de América del Sur que incorporaron el instituto después de cierto año,
- c. aquellos Estados del resto de América Latina que incorporaron el instituto antes de cierto año,
- d. aquellos Estados del resto de América Latina que incorporaron el instituto después de cierto año.

En el caso del Amparo, el año es 1950 y existen 9 Estados en el grupo a, cero en el b, ocho en el c y uno en el d. En el caso del Habeas Data, el año es 1990 y existe 1 estado en el grupo a, 7 en el b, 3 en el c y 1 en el d.

Posteriormente se realiza una prueba estadística denominada Prueba Exacta de Fisher, que permite saber cuál es la probabilidad de que los resultados de la tabla se debieran al azar, es decir cuál es la probabilidad de haber obtenido el mismo resultado si se hubieran asignado los países al azar. En el caso del Amparo la probabilidad de obtener ese resultado es de menos del uno por mil y en el caso del Habeas Data, de menos del siete por ciento.

<b>Proceso de incorporación del Recurso de Amparo a las Constituciones Latinoamericanas</b>		
<b>Estado</b>	<b>Año</b>	<b>Región</b>
México	1857	1
El Salvador	1886	1
Honduras	1894	1
Nicaragua	1894	1
Guatemala	1921	1
Cuba	1940	1
Panamá	1941	1
Costa Rica	1949	1
Venezuela	1961	2
Bolivia	1967	2
Ecuador	1967	2
Paraguay	1967	2
Chile	1980	2
Perú	1980	2
Brasil	1988	2
Argentina	1991	2
Colombia	1991	2
República Dominicana	2010	1

<b>Proceso de incorporación del Recurso de Habeas Data a las Constituciones Latinoamericanas</b>		
<b>Estado</b>	<b>Año</b>	<b>Región</b>
Honduras	1982	1
Guatemala	1985	1
Nicaragua	1987	1
Brasil	1988	2
Colombia	1991	2
Paraguay	1992	2
Perú	1993	2
Argentina	1994	2
Bolivia	1995	2
Ecuador	1998	2
Venezuela	1999	2
Panamá	2004	1

Resulta interesante destacar que el fenómeno de la cercanía geográfica se mantiene a lo largo del tiempo. Los datos disponibles lo detectan desde el SXIX, cuando Estados próximos a México incorporan el Amparo a sus constituciones.

Desde un punto de vista sociológico, el fenómeno probablemente se deba a las semejanzas existentes entre las sociedades latinoamericanas. Ello permite desde un punto de vista jurídico que los institutos incorporados por el constituyente o el legislador se incorporen y desarrollen en forma adecuada.

Son varios los autores como Carlos Ayala que marcan la influencia de la Corte en la generación de un derecho homogéneo<sup>12</sup>. Esta integración sin embargo, posee importantes espacios en los que resulta necesario investigar. Existen varias perspectivas sobre el mecanismo que lleva a la convergencia. Así, se puede encontrar desde “el ejemplo” de sus sentencias, hasta el considerar que estamos frente a un sistema integrado<sup>13</sup>. La visión de la Corte como lo muestra en 2001 la explicación de voto de Cançado Trindade en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile”<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Ayala Corao, Carlos M “Del amparo constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos” en LIBERAMICORUM a HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, Editor Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, página 341 a 373. Disponible el 01/03/2013 en <http://www.google.com.uy/url?sa=t&rct=j&q=liber%20amicorum%20h%C3%A9ctor%20fix-zamudio&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Flibros%2FFixVol1.pdf&ei=D4Q2UcKYGIPa8wTZh4DoDQ&usg=AFQjCNGvInhkJuEdJhsBI4OVYpQbggQHIQ&bvm=bv.43287494,d.eWU>. Al respecto señala el autor “Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, podemos concluir que en Latinoamérica se ha consolidado constitucional y convencionalmente, un estándar mínimo común en materia de protección efectiva de los derechos humanos, a través de la influencia integradora de la Convención Americana y la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano. Ello ha llevado a la existencia de un núcleo fundamental o esencial de derechos que se impone a los países, constituyendo así una base común, un nuevo *ius commune* para América y concretamente para Latinoamérica.”

<sup>13</sup> Flores María del Luján, y Sapriza, Carlos “Complejidad y contradicción en los sistemas jurídicos: la Carta Social de las Américas y el sistema jurídico interamericano” en Estudios de Derecho Internacional. Homenaje a Santiago Benadava, editorial Librotecnia, 2008, Tomo I.

<sup>14</sup> 10. Sin embargo, en este inicio del siglo XXI, las circunstancias del presente caso «La Última Tentación de Cristo» parecen indicar que los avances en este

La segunda idea o hipótesis es que la actividad de la Corte Interamericana ha incidido más allá del simple ejemplo y ha generado un sistema de normas integrado que incluye las normas tradicionalmente consideradas como de derecho internacional público y aquellas de derecho interno.

Allan Brewer marca la importancia de los desarrollos jurisprudenciales dominicanos en materia de amparo<sup>15</sup>. Una lectura breve de uno de los primeros casos de la Suprema Corte de República Dominicana confirma esta lectura<sup>16</sup>.

---

particular son lentos. En el siglo pasado, ya en 1937, un distinguido scholar de los derechos humanos ponderaba que el día en que la evolución histórica ingresara en «una era de consolidación consciente del derecho internacional», los Estados no solamente adoptarán este último como «parte integrante de su Constitución», sino además dejarán de adoptar leyes que impidan que el derecho internacional forme «parte integrante de su sistema» de derecho interno. Hoy, en el año 2001, podemos decir, a la luz, v.g., del presente caso, que todavía no logramos alcanzar este grado de desarrollo del derecho interno de los Estados Partes en los tratados de derechos humanos. Hay, pues, que seguir insistiendo en sus obligaciones legislativas y judiciales, a la par de las ejecutivas. Disponible el 01/03/2013 en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.doc)

<sup>15</sup> Brewer-Carías, Allan R. “Ensayo de síntesis comparativa sobre el régimen del amparo en la legislación latinoamericana” publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, No 9, 2008, editada por Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, páginas 311 a 321. Disponible el 01/03/2013 en [http://www.google.com.uy/url?sa=t&rct=j&q=Allan+R.+Brewer-Car%C3%ADas+amparo+en+la+legislaci%C3%B3n&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.iidpc.org%2Fvistas%2F9%2Fpdf%2F325\\_335.pdf&ei=EdM2UfzhKYWY9QT9-ICQBQ&usq=AFQjCNEJYfpJ370ADPZkVjPY7EJBUjOJEQ&bvm=bv.43287494,d.eWU](http://www.google.com.uy/url?sa=t&rct=j&q=Allan+R.+Brewer-Car%C3%ADas+amparo+en+la+legislaci%C3%B3n&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.iidpc.org%2Fvistas%2F9%2Fpdf%2F325_335.pdf&ei=EdM2UfzhKYWY9QT9-ICQBQ&usq=AFQjCNEJYfpJ370ADPZkVjPY7EJBUjOJEQ&bvm=bv.43287494,d.eWU)

<sup>16</sup> Una muestra clara fue el amparo solicitado por Productos Avon, S. A, en 1999, cuando todavía el Recurso de Amparo no había sido consagrado ni en la Constitución ni en las leyes de República Dominicana. Sin embargo, la Corte hizo lugar al Amparo basándose en el Pacto de San José de Costa Rica, como lo marca este párrafo de la sentencia “Primero: Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución No. 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3 de la Constitución de la República”.

Disponible el 01/03/2013 <http://www.enj.org/portal/biblioteca/civil/amparo/50.pdf>.

Es de apreciar que la incorporación del Amparo a las Constituciones se produce en buena medida antes de que comience la actividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mientras que la incorporación del Habeas Data se produce después de su establecimiento.

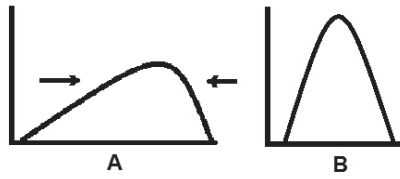
Ello permite plantear algunas ideas acerca del posible efecto de la actividad de la Corte, sobre el mecanismo de la reforma Constitucional. La idea o hipótesis manejada en este caso, es que en primer lugar, los dos mecanismos subsisten, aunque existe un efecto claro atribuible a cada uno de ellos.

Para ello, se puede recurrir a la gráfica que muestra la incorporación que hacen los países latinoamericanos del Amparo y el Habeas Data a sus Constituciones (figuras 1 y 2). Las gráficas muestran con claridad que el proceso del Amparo fue más extenso.

Es probable que la creciente modernización de las sociedades latinoamericanas tenga un papel importante en esta aceleración, ya que por ejemplo en el caso del Amparo, la década del sesenta se presenta como particularmente activa aunque todavía no estaba activa la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, cuando se analiza la evolución del Habeas Data, que transcurre en buena medida cuando ya la Corte Interamericana había comenzado a actuar, se puede pensar que uno de los efectos importantes de la jurisprudencia de la Corte, son los cambios en el patrón de incorporaciones. Claramente en el caso del Habeas Data, las ratificaciones se concentran y cambia la forma de la distribución.

La hipótesis se puede ver en forma gráfica en las figuras A y B. En ambos casos, se muestran gráficas que representan el año en el que se incorpora un instituto. En la gráfica A, la incorporación es relativamente lenta, comienzan unos pocos países y luego, a medida que se populariza la idea en la región, un número creciente de países lo incorpora, hasta que al final todos o casi todos lo hacen. Sin embargo, la presión del sistema interamericano, representado por las dos flechas, produce un cambio en el patrón que tienen los Estados. Al interconectar los diversos sistemas la jurisprudencia facilita la adopción de los nuevos institutos. Esa facilitación se puede ver como una “fuerza” que incide en la forma en que se distribuyen los reconocimientos, haciendo que se concentren en un espacio más reducido, lo que se ve reflejado en la gráfica B.



Los datos de los países latinoamericanos parecen respaldar esta hipótesis.

Fig 1

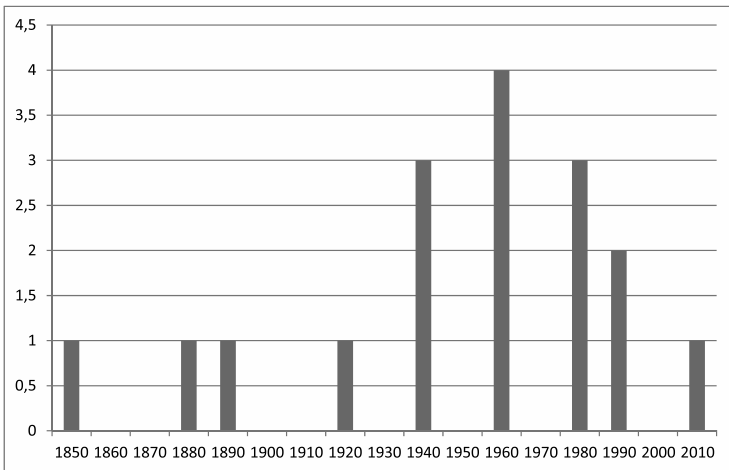
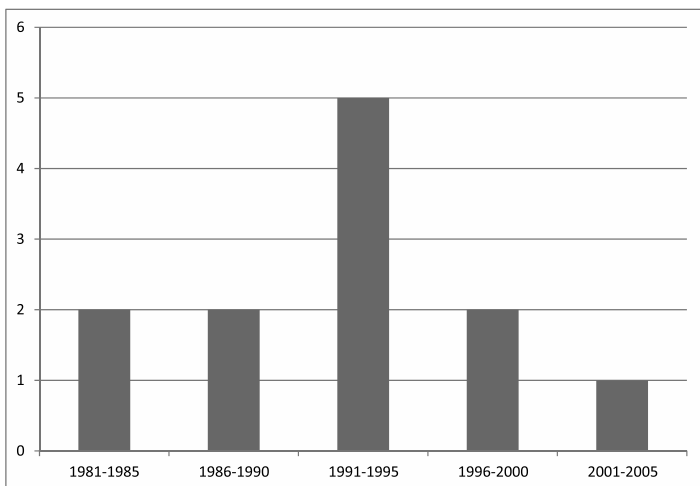


Fig 2



Resulta importante determinar el tipo de distribución que describe la incorporación de las distintas garantías a las constituciones puesto que ello permite obtener una función de probabilidad, es decir una función que permita asociar cada punto, con una probabilidad dada.

De esta forma, se puede tener una idea relativamente precisa de lo que puede ser el proceso de difusión de un instituto de naturaleza jurídica.

De estas hipótesis podemos concluir en forma bastante preliminar, que en la región podrían operar dos mecanismos de difusión de normas.

Ambos mecanismos se encuentran estrechamente vinculados a la forma en la que el derecho recoge la influencia de la dinámica social: través de la actividad legislativa o constituyente y a través de la jurisprudencia. El primero fue el mecanismo que operó hasta que se desarrolló el sistema jurídico interamericano y aun continúa en funcionamiento. En este mecanismo, la homogeneidad social y cultural juega un papel importante ya que es esta homogeneidad la que permite que sea viable la adopción de institutos. De acuerdo con este mecanismo, cuanto más expandido esté un instituto en la sub región, tanto mayores serán las posibilidades de que un país lo adopte. El segundo mecanismo es más reciente y se basa en la integración de los sistemas jurídicos internos en torno al sistema jurídico interamericano. La clave de ello es el carácter vinculante de las sentencias de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El efecto de este mecanismo es quizás un tanto más complejo ya que se produce fundamentalmente a nivel judicial, aunque incentiva también la adopción de modificaciones constitucionales y legislativas. Como resultado de la operación de este mecanismo, también se acelera la difusión de normas. Pero de la interacción de ambos, el resultado que podría producirse es un cambio en el patrón de difusión que produce una reducción del ciclo de adopción de nuevos institutos o de la modificación de los existentes.

## **El Hábeas Corpus**

A continuación examinaremos la tercera garantía, esta vez en función de los límites a la interpretación judicial, es decir en estrecha relación con el segundo de los mecanismos. Dentro de las reflexiones relativas al desarrollo de los derechos humanos, en 2011, el Tribunal Europeo de De-



rechos Humanos trató el tema de los límites de la interpretación evolutiva de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>17</sup>

Los jueces del Tribunal se plantearon analizar los límites del desarrollo jurisprudencial. Las normas en materia derechos humanos proporcionan un espacio donde la interacción de normas jurídicas es particularmente dinámica cuando se la compara con lo que ocurre en otras ramas del derecho.

En este trabajo hemos intentado continuar con la reflexión pero en relación al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y en particular al Hábeas Corpus.

El Habeas Corpus es el instituto que garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad personales en el ámbito interamericano.<sup>18</sup> Los Estados tienen frente a estos derechos una doble obligación, por un lado asegurar el goce o ejercicio de la libertad y por otro no atentar contra la misma. Respetar el derecho a la libertad presupone el cumplimiento del derecho a la seguridad que es proteger a las personas contra los excesos

---

<sup>17</sup> Dialogue between judges 2011 “What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?”

<sup>18</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó

52. En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo”.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170 párr. 52.

En el Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N° 192 párr. 108. la Corte reitera el concepto de libertad antes citado.

de las autoridades públicas mediante la sujeción de su propio accionar a las normas vigentes.

Además de las disposiciones y procedimientos que en el ámbito interno contemplan y garantizan el derecho a la libertad y a las seguridades personales, existe un importante marco jurídico internacional al respecto.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1949 en su artículo 3 establece que: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; y el artículo 10 prevé garantías procesales que fortalecen el derecho a la seguridad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en vigor desde 1976, en su artículo 9 dice:

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.
4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.
5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

A nivel regional<sup>19</sup> la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 dice en su artículo I “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Asimismo, el artículo XXV establece el derecho de protección contra la detención arbitraria: “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter

---

<sup>19</sup> El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 establece en su artículo 5 el derecho a la libertad y a la seguridad.

- 1 Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:
  - a. Si ha sido detenido legalmente [...]
- 2 Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.
- 3 Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1c del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparencia del interesado a juicio.
- 4 Toda persona privada de su libertad mediante detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.
- 5 Toda persona víctima de una privación de libertad o detención realizada en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C364/01) en su artículo 6 Derecho a la libertad y a la seguridad, dice “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”.

La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 en vigor desde 1986 en su artículo 6 establece: “Todo individuo tendrá derecho a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie puede ser privado de su libertad más que por razones y condiciones previamente establecidas por la ley. En especial, nadie puede ser arrestado o detenido arbitrariamente.

netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José de Costa Rica establece en su artículo 7 bajo el título de Derecho a la libertad personal:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Esta disposición se originó en el artículo 5 del Proyecto del Consejo Interamericano de jurisprudencia basado en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. De las discusiones previas a la aprobación de la norma surge que el tema de la

libertad y seguridad personales fue objeto de extensos debates, no por existir mayores discrepancias en cuanto al fondo sino por el deseo de las delegaciones de mejorar el texto. Dada la falta de acuerdo el Presidente de la Comisión propuso la creación de un grupo de trabajo. Este se inspiró en el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos e incorporó un primer párrafo relativo al derecho de toda persona a la libertad y seguridad personales.

El artículo 7.1 de la Convención Americana enuncia el derecho a la libertad y a la seguridad de toda persona sin enumerar situaciones de limitaciones a estos derechos y se remite en el inciso 2 a las previsiones que puedan existir al respecto en los órdenes jurídicos de los Estados Parte.

Como lo expresa la Corte Interamericana:

51. El artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “Toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7)<sup>20</sup>

Asimismo la Corte señala:

90. En cuanto a la libertad personal el artículo 7 de la Convención protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. Ahora bien, pretender regular el ejercicio de este derecho sería una tarea inacabable, por las múltiples formas en las que la libertad física puede expresarse. Lo que se regula, por ende, son los límites o restricciones que el Estado puede legítimamente imponer. Es así como se explica que el artí-

---

<sup>20</sup> Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170, párr. 51 y Caso Yvon Neptune vs Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N° 180, párr. 89.

culo 7.1 consagra en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales regulan las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. Por ende, la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Es así, por ello, que la libertad es siempre la regla y su limitación o restricción, la excepción.<sup>21</sup> En el inciso 6 del artículo 7 la Convención recoge el instituto de hábeas corpus.

Los orígenes del Hábeas Corpus se remontan para algunos autores al derecho romano; pero fue en el art. 39 de la Carta Magna de 1815 donde se previó cuándo una persona puede ser arrestada. De esta forma queda implícito que fuera de estos casos existe la posibilidad de presentarse ante el juez para subsanar la irregularidad jurídica. Con la Confirmación de la Carta Magna en 1225 se precisa y desarrolla la institución. Una disposición similar surgió concomitantemente en el Derecho aragonés y se extendió a toda España. Cabe destacar que en el Fuero de Vizcaya de 1526 la figura adquirió una gran precisión.

A diferencia de lo que ocurrió en el derecho hispánico en que prácticamente el recurso desaparece a partir del siglo XV, en el derecho anglosajón perdura y se transmite a América. En el momento actual se encuentra recogido en la totalidad de los ordenamientos constitucionales del continente.

En el Uruguay la Constitución de 1830 no contenía ninguna previsión respecto del Hábeas Corpus a pesar de que éste existía en el derecho constitucional de otros países latinoamericanos.

Por Ley de 1874 se recoge en el orden jurídico interno uruguayo pero será en 1918 que adquiere rango constitucional (art. 156). Allí se contempla en forma expresa el recurso como una garantía de la libertad física ante una prisión indebida. En la Constitución de 1934 se ampliará<sup>22</sup> y mantendrá en los sucesivos textos constitucionales.

---

<sup>21</sup> Caso *Yvon Neptune vs Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008 párrafo 90. El Tribunal reitera el concepto expresado en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez*... párr. 53.

<sup>22</sup> La Constitución de 1918 (art. 156) establece que en caso de prisión indebida la persona aprehendida o cualquier ciudadano podrá interponer el recurso de Hábeas

El Hábeas Corpus es un instituto de garantía procesal que tiene por objeto la verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad. Como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este representa dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para proteger al individuo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.<sup>23</sup> Tutela la libertad personal o física aunque tanto en la jurisprudencia como en la doctrina han habido desarrollos tendientes a comprender también con esta garantía a otros derechos y libertades<sup>24</sup>.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos el artículo 7 relativo a la libertad personal recoge en su párrafo 6 el instituto del Hábeas Corpus.

Al procedimiento judicial antes mencionado le es aplicable lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 25 de la Convención que establece el recurso de amparo:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

---

Corpus mientras que a partir de la Constitución de 1934 éste podrá ser invocado por el interesado o por cualquier persona.

<sup>23</sup> Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003 párr. 122. Caso Cantoral Benavidez vs Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69 párr. 165. Caso Durand y Ugarte vs Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C N° 68 párr. 103.

<sup>24</sup> A vía de ejemplo, dentro de la doctrina uruguaya en 1946 el profesor Justino Jiménez de Aréchaga proponía aplicar en el futuro el Hábeas Corpus a otros derechos no especialmente garantizados además de a la libertad física. Hoy día ya no es necesario ya que la ley ha contemplado el recurso de amparo como garantía genérica de derechos y libertades distintos de la libertad física o personal. Jiménez de Aréchaga, Justino. *La Constitución Nacional*. Tomo II p. 173-174.

Como bien lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la O.C. 8/87:

34. Si se examinan conjuntamente los dos procedimientos, puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos. En efecto, de acuerdo con los principios básicos de ambas garantías recogidos por la Convención así como con los diversos matices establecidos en los ordenamientos de los Estados Partes, se observa que en algunos supuestos el hábeas corpus se regula de manera autónoma con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquellos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad, pero en otras ocasiones el hábeas corpus es denominado “amparo de la libertad” o forma parte integrante del amparo.

¿Quién puede interponer el recurso de hábeas corpus?

La Convención en su art. 7 párrafo 6 adopta un criterio amplio al decir que toda persona privada de libertad tiene derecho a plantear el recurso y que éste puede interponerse por sí o por otra persona. La jurisprudencia de la Corte desarrolla la norma, siendo de particular interés los pronunciamientos frente a situaciones de secuestros, desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias y suspensión de garantías. El Tribunal afirmó que el secuestro afecta el derecho a interponer los recursos adecuados para controlar ese arresto. En el caso *Velásquez Rodríguez* la Corte expresó que verificó que el poder judicial se había abstenido de atender los recursos de hábeas corpus interpuestos para el caso y que ningún juez tuvo acceso a los lugares en que eventualmente podría haber estado el detenido<sup>25</sup>.

De manera similar el Tribunal se refirió a la desaparición forzada señalando que conculca el derecho de toda persona a interponer los recursos adecuados para constatar la legalidad de lo actuado<sup>26</sup>. Y en el caso *Loayza Tamayo* en que la víctima no había tenido oportunidad de interponer una acción de garantía para proteger su libertad personal o cuestionar la legalidad o la arbitrariedad de la detención, la Corte también consideró que se había violado el artículo 7 de la Convención. En otro

---

<sup>25</sup> Caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4 párr. 155 y 179.

<sup>26</sup> Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales vs Honduras*. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C N° 6 párr. 148.



caso en que dos personas fueron detenidas y sin ser puestas a disposición judicial fueron ejecutadas en forma extrajudicial y sumaria la falta de oportunidad de interponer el recurso de hábeas corpus determinó la responsabilidad internacional del Estado en cuestión<sup>27</sup>.

¿En qué casos procede el hábeas corpus?

El recurso procede frente a la privación ilegal o arbitraria de la libertad.

En cuanto a la detención ilegal la Corte distinguió en el caso Gangaram Panday dos aspectos, uno material y otro formal.

47. ...nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)<sup>28</sup>.

El Tribunal inició en este caso una práctica que luego continuará aplicando en el futuro, ya que declarada la detención como ilegal, consideró innecesario analizar si también había sido arbitraria o si se había violado el derecho del detenido a ser trasladado sin demora ante una autoridad judicial competente<sup>29</sup>.

No obstante lo precedentemente expuesto en muchos casos la Corte procedió al análisis de la arbitrariedad aunque se había declarado la ilegalidad de una detención. Inclusive en otras sentencias no distinguió entre ambas y declaró en forma conjunta la violación de los párrafos 2 y 3 del artículo 7.

56. ... la Corte considera que el Perú infringió en perjuicio del señor Castillo Páez, varios incisos del artículo 7 de la Convención, que regula de manera genérica la libertad personal. En primer término está demostrado que la víctima fue detenida por personal de la Policía Nacional del Perú

---

<sup>27</sup> Caso Loayza Tamayo vs Perú. Fondo. Sentencia de 17 de setiembre de 1997. Serie C N° 33. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110.

<sup>28</sup> Caso Gangaram Panday vs Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C N° 16. En el Caso de los "Niños de la Calle" la Corte declaró que se había detenido ilegalmente a las víctimas porque no fue observado ni el aspecto material ni el formal de los presupuestos legales de la detención. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63 párr. 134.

<sup>29</sup> Caso Gangaram Panday párr. 51.

sin que mediaran las causas y condiciones establecidas por la Constitución Política de 12 de julio de 1979 que estaba en vigor en la época en que se produjo la detención, ya que dicha ley fundamental disponía que solo se podía privar de la libertad a una persona por mandamiento escrito y motivado de autoridad judicial, lo que no ocurrió en el caso. No se demostró y tampoco se alegó por el Estado, que la aprehensión del señor Castillo Páez se hubiese producido al haber sido sorprendido infraganti en la comisión de un delito o que estuviese vigente en ese momento un estado de emergencia...<sup>30</sup>

En el caso Chaparro Álvarez la Corte amplía los criterios utilizados en Gangaram Panday y formula un detallado análisis de cada uno de los numerales del artículo 7. En cuanto a las detenciones arbitrarias la Corte marcó una línea jurisprudencial estableciendo que:

107 ...nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan refutarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad<sup>31</sup>.

Asimismo enumeró los distintos aspectos a tener en cuenta en la determinación de la arbitrariedad de una detención.

93. En suma no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido, entre todas aquellas que

---

<sup>30</sup> Caso Castillo Páez vs Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C N° 34.

<sup>31</sup> Caso Gangaram Panday párr. 47.

cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto; por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención<sup>32</sup>.

La Corte se refirió a “obligaciones de carácter positivo que imponen exigencias específicas o particulares tanto a agentes del Estado como a terceros que actúen con su tolerancia o anuencia y que sean responsables de una detención<sup>33</sup>”.

82. En lo que respecta al artículo 7.4 de la Convención Americana, éste constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo detenido<sup>34</sup>.

A través de distintos casos<sup>35</sup> la Corte fue precisando el derecho de información a los detenidos sobre las razones de su privación de libertad. Consideró que tanto la persona detenida como quienes ejercen su representación o custodia legal tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de la detención así como de los derechos que asisten al detenido. Ello incluye el derecho del detenido a notificar lo ocurrido a una tercera persona, por ejemplo, un familiar o un abogado. En el caso Tibi la Corte hizo referencia a la notificación a un abogado como de especial importancia para que pueda reunirse en privado con el detenido y beneficiarse así de una verdadera defensa. Asimismo aludió a la notificación consular como garantía del derecho a la defensa<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Caso Chaparro Álvarez párr. 93

<sup>33</sup> Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C N° 99 párr. 81.

<sup>34</sup> Caso Juan Humberto Sánchez párr. 82.

<sup>35</sup> Caso Juan Humberto Sánchez, Caso Hermanos Gómez Paquiyauri.

<sup>36</sup> Caso Tibi vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de setiembre de 2004. Serie C N° 114 párr. 112.

La persona detenida tiene derecho a ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente pues ello garantiza su derecho a la libertad, vida e integridad personal.<sup>37</sup> El simple conocimiento judicial de que una persona está detenida no satisface esa garantía. Es a través del control judicial que se protegen los derechos del detenido, que se autorizan medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario y se trata al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia<sup>38</sup> que lo ampara hasta tanto no se pruebe su responsabilidad.

La persona que ha sido privada de su libertad sin control judicial debe ser liberada o puesta a disposición del juez sin demora. Este derecho, como bien lo señaló la Corte en numerosas oportunidades<sup>39</sup> es afectado con los secuestros, desapariciones forzadas y en los casos de ejecuciones sumarias y extrajudiciales.

El recurso de “Hábeas Corpus” debe ser eficaz, no se cumple con su sola existencia formal<sup>40</sup>. Debe dar resultados o respuestas a las violaciones de derecho contempladas en la Convención pues de lo contrario la actividad judicial no significaría un verdadero control y generaría un menoscabo de la libertad del individuo.<sup>41</sup>

En el caso Neira Alegría el Tribunal consideró que si bien no se había suspendido expresamente la acción de “Hábeas Corpus”, el cumplimien-

---

<sup>37</sup> Caso López Álvarez vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C N° 141 párr. 87.

<sup>38</sup> Caso Acosta Calderón vs Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C N° 129 párr. 76.

<sup>39</sup> Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4 párr. 155 y 186. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs Honduras. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C N° 6 párr. 148. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110 párr. 99. Caso Servellón García y otros vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de setiembre de 2006. Serie C N° 152 párr. 99 y 125.

<sup>40</sup> Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C N° 37 párr. 164. La Corte también señaló que la disposición del artículo 25 constituye uno de los pilares básicos no solo de la Convención Americana sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.

<sup>41</sup> Caso Chaparro Álvarez, párr. 133.

to de los Decretos Supremos había causado la ineficacia de este instrumento en perjuicio de las víctimas. Y tomando como base las opiniones consultivas OC 8 y OC 9 de 1987 concluyó que el control y jurisdicción de las Fuerzas Armadas sobre el Penal San Juan Bautista se tradujeron en una suspensión implícita de la acción de “Hábeas Corpus”.<sup>42</sup>

¿Qué requisitos deben cumplirse para que no haya violación del artículo 7.6 de la Convención?

1. Debe existir una evaluación sin demora de la privación de libertad. Como surge del análisis de la jurisprudencia de la Corte, ésta consideró que el derecho a interponer un recurso de “Hábeas Corpus” es violado cuando transcurre un tiempo excesivo en resolverse<sup>43</sup>.

2. Dicha evaluación debe ser realizada por una autoridad judicial competente. La autoridad que debe decidir la legalidad del arresto o detención tiene que ser judicial<sup>44</sup>. En el caso Chaparro Álvarez la Corte expresó:

128. El artículo 7.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del “arresto o detención” tiene que ser “un juez o tribunal”. Con ello la Convención está resguardando que el control de la privación de la libertad debe ser judicial<sup>45</sup>.

3. Motivación suficiente de la resolución judicial. La autoridad judicial que entiende en un recurso de hábeas corpus y lo rechaza debe tener motivación suficiente. La Corte en el caso López Álvarez sostuvo que:

96. El análisis por la autoridad competente de un recurso judicial que controvierte la legalidad de la privación de libertad no puede reducirse a

---

<sup>42</sup> Caso Neira Alegría y otros vs Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C N° 20 párr. 82, 83 y 84.

<sup>43</sup> Caso Suárez Rosero vs Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C N° 35 párr. 64. Caso Instituto de Reeducción del Menor vs Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de setiembre de 2004. Serie C N° 112 párr. 245, 247 y 250. Caso Tibi vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de setiembre de 2004. Serie C N° 114 párr. 134.

<sup>44</sup> Caso Palamara Iribarne vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135 párr. 223.

<sup>45</sup> Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170 párr. 128.

una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana<sup>46</sup>.

La relación entre el hábeas corpus y la suspensión de garantías judiciales ha sido un punto objeto de especial atención. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 27.2 de la Convención Americana existen una serie de derechos allí enumerados cuyas garantías judiciales no pueden suspenderse durante los estados de emergencia. Dentro de ellos no se encuentra mencionada la libertad física o personal, que sí puede suspenderse (art. 27.1). Sin embargo, el hábeas corpus protege el derecho a la vida (art. 4) y el derecho a la integridad personal (art. 5) que no pueden ser suspendidos (art. 27.2). Estos derechos son protegidos por el hábeas corpus, de allí que como lo señala la Corte en su opinión consultiva OC 8/87<sup>47</sup> éste cumple una función esencial “como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (párr. 35) por lo que concluye que no puede ser suspendido conforme al artículo 27.2 de la Convención porque constituye una garantía judicial indispensable para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición. En la opinión consultiva OC 9/87 el Tribunal precisó que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención son aquellas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8 y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aún bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías (párr. 38).

En su jurisprudencia contenciosa la Corte reiteró este mismo criterio<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Caso López Álvarez vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C Nº 141 párr. 96.

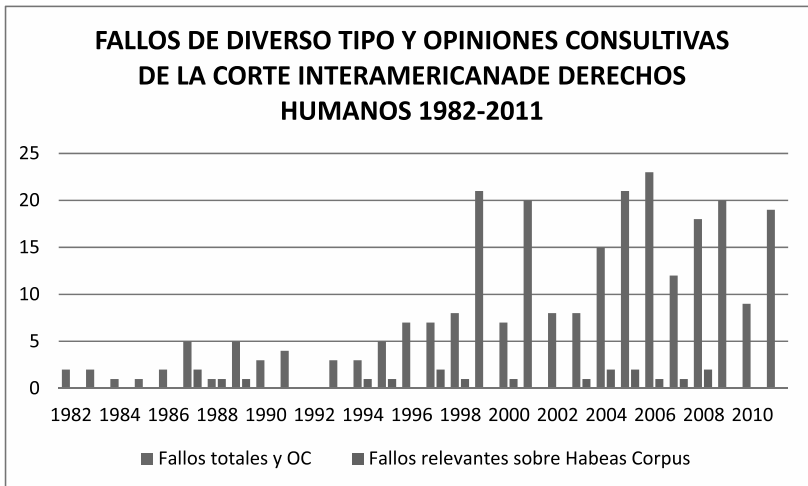
<sup>47</sup> OC 8/87 del 30 de enero de 1987. El “Hábeas Corpus” bajo la suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

<sup>48</sup> Caso Neira Alegría y otros vs Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C Nº 20 párr. 82 y 83. Caso Suárez Rosero vs Ecuador. Fondo. Sentencia de 12

## Los límites

A lo largo de los párrafos anteriores hemos podido observar con claridad la importancia de la jurisprudencia en el desarrollo del Hábeas Corpus. Ello lleva a plantearnos la existencia de límites a la creatividad judicial y en especial a determinar si existen criterios objetivos que permitan identificarlos.

Hemos decidido examinar la cantidad de fallos, como propone Mauro Capelletti<sup>49</sup>. El incremento en el número de normas propiciaría el incremento en el grado de discrecionalidad. A los efectos de realizar el análisis consideramos la totalidad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sólo los de fondo y las opiniones consultivas dictados entre 1982 y 2011. En materia de Hábeas Corpus, consideramos aquellos fallos que tuvieron desarrollos de importancia, mientras que para la categoría -totalidad de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- incluimos todas las sentencias y opiniones consultivas.



de noviembre de 1997. Serie C N° 35 párr. 59. Caso Durand y Ugarte vs Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C N° 68 párr. 107. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110 párr. 97.

<sup>49</sup> Capelletti, Mauro “Juizes Legisladores” Sergio Antonio Fabris Editor, 1993

Se puede apreciar que existe una relación, aunque débil, entre la cantidad de fallos y opiniones consultivas totales y aquellos fallos y opiniones consultivas que han realizado aportes significativos al instituto del Hábeas Corpus<sup>50</sup>. La debilidad se puede explicar de diversas formas, por ejemplo puede deberse a que los temas relevantes en un determinado contexto histórico y social han cambiado. Así, en tanto que la década de los ochenta mostró la presencia de varios gobiernos no democráticos en América Latina, la década de los noventa estuvo marcada por la democracia. Sin embargo, la jurisprudencia se incrementa en los noventa.

Otro elemento importante a tener en cuenta, es que la década de los ochenta presenta diferencias con las décadas posteriores. La actividad judicial está más marcada por las opiniones consultivas y por ende puede pensarse como una evolución más “diseñada”. También resulta interesante observar que esta fue precisamente la década en que la situación en el terreno más se ajustaba al instituto.

El caso del Hábeas Corpus muestra como las instituciones políticas presentan un consistente rezago con respecto a otras dimensiones sociales, lo que probablemente contribuya a la adaptación del sistema social. Sin embargo, desde el punto de vista de los límites al desarrollo jurisprudencial estos no se pueden identificar en forma simple con la necesidad social.

La actividad judicial ha sido pues clave para el desarrollo del Hábeas Corpus, una garantía fundamental de la libertad física o personal tanto en épocas democráticas como cuando esta no se da, que cuenta con una larga trayectoria en el continente americano, recogida a texto expreso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los límites de la acción judicial están siempre presentes, son un componente central de la actividad judicial, una garantía de previsibilidad. La Corte Interamericana ha reaccionado tanto frente a la necesidad de expandir el instituto, como en menor medida a la necesidad de volver sobre algunas de sus características. Sin embargo, estos desarrollos no han sido aleatorios, responden, desde un punto de vista jurídico, tanto al estado del

---

<sup>50</sup> Para evaluar cuantitativamente esta relación recurrimos a la prueba estadística rho de Spearman. Con un valor de 0.288 y un valor p de 0,12 podemos afirmar que existe un vínculo estadísticamente significativo entre ambas variables aunque se trata de un vínculo débil.



sistema jurídico como a las necesidades sociales canalizadas a través del sistema de solución de controversias.

Resulta claro que la cantidad de fallos de un sistema, dinamiza y facilita la introducción de cambios. No obstante éste no es el único factor relevante. También es claro que entre la regulación jurídica y la realidad social existe un cierto rezago, lo que hace que la realidad sea un límite parcial al desarrollo de los institutos.

## **Conclusiones**

Desde hace ya unos años, la comunidad académica se ha planteado como problema la fragmentación del derecho internacional, como consecuencia de la multiplicación de tribunales y jurisprudencia. Esta preocupación llevó el tema a la agenda de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas.

Los resultados de este trabajo han mostrado que el fenómeno de la interacción de normas es particularmente complejo, pero al identificar algunos de los mecanismos ya analizados que lo gobiernan es posible concluir que coexisten una dosis importante de fragmentación, con otra no menos importante de unificación.

Hemos analizado dos áreas vinculadas. Los tribunales a través de su jurisprudencia producen tanto fragmentación como un efecto unificador del orden jurídico internacional. La magnitud de su contribución a una y otra dependen del grado de creatividad judicial que fue analizado en la segunda parte de este trabajo.



# CONSECUENCIAS DEL HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL EN EL CASO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES (A LA LUZ DEL PROYECTO DEFINITIVO DE ARTÍCULOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL)

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA

1. La obligación general primera que se deriva para un sujeto internacional, Estado u Organización, que ha cometido una violación del Derecho internacional es (en su caso) la de *poner fin* a su conducta y ofrecer (si las circunstancias lo exigen) *seguridades y garantías adecuadas de no repetición*; así como, desde luego, la de *reparar íntegramente el perjuicio causado*<sup>1</sup>. A la hora de concretar estos principios generales, cabe mencionar fundamentalmente dos ideas:

*Primera*, la reparación del perjuicio ocasionado debe ser íntegra, lo que implica que en Derecho internacional no existe, como regla general al menos, el concepto de limitación económica de la responsabilidad y, asimismo, que la reparación debe englobar no sólo los daños materiales ocasionados sino también y en su caso el daño moral<sup>2</sup>.

*Segunda*, en el Derecho internacional contemporáneo (en el que existen normas bilaterales y multilaterales así como dispositivas e imperativas) la obligación de reparar que nace para un Estado o una Organización internacional que ha cometido un hecho ilícito puede surgir sólo res-

---

<sup>1</sup> Artículos 30 y 31.1 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001) y artículos 30 y 31 del relativo a la responsabilidad de las Organizaciones internacionales (2011).

<sup>2</sup> Artículo 31.2 del Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones (2011).

pecto de otro sujeto, de varios, o incluso para con la comunidad internacional en su conjunto<sup>3</sup>.

2. Hecha esta última consideración, parece conveniente distinguir los casos de violaciones sin más del Derecho internacional de aquellas que suponen la violación grave de obligaciones derivadas de normas imperativas.

## I. (Posibles) Consecuencias iniciales del hecho ilícito

1. La Organización internacional *lesionada* por un hecho ilícito, es decir, aquella a la que la violación cometida «afecta especialmente»<sup>4</sup>, puede ante todo exigir del culpable, en su caso, que *ponga fin* a la ilicitud y *ofrezca seguridades y garantías adecuadas de no repetición* si las circunstancias lo exigen<sup>5</sup>. Se trata de cuestiones *relacionadas* porque ambas se refieren al restablecimiento de la relación jurídica afectada por la violación, pero al mismo tiempo *distintas*: el «cese» se conecta en concreto con los hechos ilícitos de carácter continuo, a cuya manifestación pretende poner fin<sup>6</sup>; las “seguridades y garantías”, por su parte, cumplen más bien una misión que mira al futuro, preventiva, intentando reforzar el cumplimiento de la obligación en el tiempo por venir.

El *cese* y las *seguridades y garantías de no-repetición* se consideran como una consecuencia del ilícito, sin duda, aunque se tratan con carácter previo *a* y separadamente *de* la reparación en sentido propio. La inclusión, por lo demás, de la obligación de ofrecer seguridades y garan-

---

<sup>3</sup> Artículo 33.2 del Proyecto de 2001 y también de 2011.

<sup>4</sup> Artículo 43.b.i) del Proyecto de artículos (2011), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 63º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011). Asamblea General. Documentos Oficiales. Sexagésimo sexto período de sesiones (A/66/10)*, Naciones Unidas, Nueva York, 2011, pp. 53-184.

<sup>5</sup> Artículo 30.a) y b).

<sup>6</sup> Sobre los hechos ilícitos “continuos” y los “compuestos” se pronuncian los artículos 12 y 13 del Proyecto relativo a la responsabilidad de las organizaciones (2011).

tías de no repetición que fue criticada por algunos Gobiernos en relación con la responsabilidad del Estado, destacando la acrimonia con la que la trató el de Estados Unidos, para el que no había práctica significativa que la sustentase<sup>7</sup>, se tomó en consideración en todo caso por la CDI ya cuando aprobó en 1996 y en primera lectura el texto completo de su Proyecto<sup>8</sup>, dando más tarde útiles explicaciones sobre su alcance y contenido<sup>9</sup>.

2. A) En la práctica internacional de los Estados son ya varios los asuntos en los que estas consecuencias iniciales del hecho ilícito se han dado. Así, en particular sobre la más debatida de las dos<sup>10</sup>:

---

<sup>7</sup> *Responsabilidad de los Estados. Comentarios y observaciones recibidas de los gobiernos. CDI 53º período de sesiones. Ginebra, 23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001. Doc: A/CN.4/515*, 19 de marzo de 2001, pp. 1-97 (p. 37).

<sup>8</sup> Así la Comisión advirtió que las garantías de no repetición eran un remedio excepcional, aplicable únicamente en supuestos de hechos ilícitos de una cierta gravedad y en particular en casos de vulneración de normas de *ius cogens* (artículo 10-bis, comentario 1, *Yearbook ILC*, 1993, II, Part Two, p. 81).

<sup>9</sup> “Las seguridades suelen darse verbalmente, mientras que las garantías de no repetición entrañan algo más, por ejemplo, la adopción de medidas preventivas por el Estado responsable para evitar una repetición de la violación”. En lo que respecta al tipo de garantías, y examinando la práctica internacional existente, la CDI destaca la exigencia de que «se impartan instrucciones específicas» o de la «revocación de la ley que permitió la violación» (comentarios 12-13 y 11 respectivamente del artículo 30 de su Proyecto definitivo sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 53º período de sesiones (23 abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Documentos Oficiales de la Asamblea General 56º período de sesiones. Suplemento núm. 10 (A/56/10)*, Naciones Unidas, Nueva York, 2001, pp. 10-405. pp. 232-233.

<sup>10</sup> En relación con el cese, la Corte, ante la petición de Costa Rica en el asunto sobre la *diferencia relativa a los derechos de navegación y otros conexos* (2009) de que comunicase a Nicaragua su deber de cesar en la violación del Derecho internacional, afirmó que “no es necesario ni útil como regla general” recordar la existencia de una obligación tal, que se desprende de la obligación de todo Estado de actuar conforme al Derecho internacional. Al constatar la existencia de un hecho ilícito internacional continuo, nace ya de pleno derecho para todo Estado afectado la obligación de cesar en su conducta antijurídica y solo si la Corte lo considerase oportuno (“en circunstancias especiales”) procedería a mencionar esta obligación expresamente en su sentencia (sentencia de 13 de julio de 2009, párrafo 148).

a) En el asunto *Avena y otros nacionales mejicanos* (2004), la CIJ concedió a Méjico que Estados Unidos, como una de las modalidades de reparación de la violación cometida al no informar a sus cincuenta y dos nacionales de su derecho a ser asistidos por el cónsul así como al no permitir (por aplicación de su Derecho penal interno) que dichas personas invocasen tales derechos<sup>11</sup>, tenía la obligación de «prestar seguridades y garantías apropiadas de que tomarán las medidas suficientes para asegurar el cumplimiento» de dicha obligación. También en el más reciente caso sobre *las actividades armadas en el territorio del Congo* (2005) la Corte entendió que Uganda debía prestar, como una de las consecuencias del ilícito cometido contra la República Democrática del Congo, garantías y seguridades de no repetición<sup>12</sup>.

b) No se concedió, por el contrario, a Bosnia, Estado demandante, su petición de que Serbia prestase “seguridades y garantías de no repetición” y que la Corte determinara sus modalidades en el *asunto sobre la aplicación del Convenio del genocidio* (2007), al considerar el Tribunal, que los “hechos recientes inquietantes sobre la desaparición real en Serbia y Montenegro de movimientos que llaman al genocidio” alegados por el consejero del demandante no estaban suficientemente claros para exigir dichas garantías. La Corte entendió que su declaración (como forma de “satisfacción apropiada”) de que Serbia y Montenegro debían transferir al TPIY a las personas acusada de genocidio (en particular al general Ratko Mladic) constituía una forma suficiente de reparación del hecho ilícito cometido por el demandante<sup>13</sup>.

No fue admitida, del mismo modo, la petición de Costa Rica a la CIJ, en el asunto sobre la *diferencia relativa a los derechos de navegación y otros conexos* (2009), de que Nicaragua prestase seguridades y garantías de no quebrantar en el futuro sus obligaciones respecto de Costa Rica, sus barcos y pasajeros así como respecto de los habitantes de la orilla costarricense del río San Juan. La Corte entendió que solo “si las

---

<sup>11</sup> Artículo 36.1 y 36.2 del Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963.

<sup>12</sup> Respectivamente, sentencia de 31 de marzo de 2004, *CIJ Recueil 2004*, p. 67 (párrafo 144) y sentencia de 19 de diciembre de 2005, párrafos 255-257.

<sup>13</sup> Sentencia de 26 de febrero de 2007, párrafo 466 en relación con los párrafos 465 y 448..

circunstancias lo justifican, en caso de “circunstancias especiales” (que en el asunto en cuestión no se daban) la Corte declarararía que así debe ser. Según el tribunal:

“la regla general [es] que no ha lugar a suponer que el Estado que comete un acto o lleva a cabo un comportamiento que la Corte declara ilícito lo repetirá en el futuro, dado que debe presumirse la buena fe”<sup>14</sup>. Tampoco en el asunto sobre las *fábricas de papel en el río Uruguay* (Argentina c. Uruguay) (2010) la Corte vio necesario satisfacer la petición de Argentina, Estado demandante, de que procediese a ordenar a Uruguay “prestar garantías adecuadas...”, al no encontrar en el caso circunstancias que justificaran tal medida<sup>15</sup>.

De la aplicación de ambas obligaciones por jurisprudencia internacional como la comentada, posterior a la fecha de aprobación del Proyecto definitivo de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), pueden extraerse tres conclusiones:

- *Primera*, se trata de consecuencias del ilícito plenamente aptas para su integración en la práctica contemporánea y si el artículo que las regula es, se ha dicho, un mero desarrollo progresivo, pronto dejará de serlo.
- *Segunda*, parece desmentirse la creencia, mantenida por la CDI en la primera lectura de su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado (1996), de que esta forma de reparación era «aplicable únicamente en supuestos de hechos ilícitos de una cierta gravedad»<sup>16</sup>. Por si quedara alguna duda acerca del valor jurídico de estas concretas consecuencias del hecho ilícito, la CDI ha remachado el clavo al ratificarse en ellas (en el artículo 30 y en los comentarios al mismo) del Proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad de las Organizaciones internacionales (2011)<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Sentencia de 13 de julio de 2009, párrafo 150; también en sentencia de 20 de abril de 2010 cit., párrafo 278).

<sup>15</sup> Sentencia de 20 de abril de 2010, párrafos 277-278.

<sup>16</sup> *Supra* nota 8.

<sup>17</sup> *Informe de la CDI... A/66/10* cit. (nota 4), pp. 131-132.

- Tercera, como regla general la prestación de “seguridades y garantías de no repetición” solo será procedente “en circunstancias” que solo a la Corte “compete apreciar”.

B) Como la CDI declara, es difícil encontrar ejemplos de seguridades y garantías de no repetición dadas por Organizaciones internacionales. Lo cual no impide el que haya situaciones en que estas consecuencias iniciales del hecho ilícito sean tan apropiadas como en el caso de los Estados. De hecho, la CDI constata “la similitud entre la situación de los Estados y la de las organizaciones internacionales con respecto a la cesación y garantías de no repetición”<sup>18</sup>.

## II. La obligación de reparar

1. Pero las consecuencias jurídicas que, en sentido estricto, se derivan de la comisión de un hecho ilícito han sido reguladas en el Derecho Internacional de acuerdo con el principio que determina, a cargo de la Organización internacional autora del mismo, la obligación de reparar el perjuicio causado al Estado u Organización lesionados: La CDI, en el artículo 30 de su Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones (2011), sienta una regla bien conocida ya por la jurisprudencia internacional<sup>19</sup>:

---

<sup>18</sup> Comentarios 4 y 6 al artículo 30 del Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones (2011).

<sup>19</sup> La CIJ, tanto en el asunto sobre la *orden de arresto de 11 de abril de 2000* (2002) como en el de *Avena* (2004), reprodujo el conocido pasaje de una antigua decisión de la CPJI: “El principio esencial que emana de la noción misma de hecho ilícito (...) es que la reparación debe borrar, en lo posible, todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que hubiera existido probablemente de no haberse cometido” (sentencia de 13 de septiembre de 1928, asunto de la fábrica de Chorzow, *CPJI Série A, núm. 17*, p. 47; sentencia de 14 de febrero de 2002, *CIJ Recueil 2002*, pp. 32-33, párrafo 76; sentencia de 31 de marzo de 2004 cit., párrafo 119; sentencia de 26 de febrero de 2007 cit., párrafo 460; sentencias de 20 de abril de 2010 cit., párrafo 273; sentencia de 30 de noviembre de 2010, párrafo 161).



“1. La organización internacional responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito de la organización internacional”.

La obligación de reparar en su totalidad el perjuicio podrá hacerse efectiva, ya de manera única o combinada, mediante las formas clásicas: la *restitución* obliga al autor de la violación «a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito», la *indemnización* implica su deber de pagar una determinada cantidad de dinero, y mediante la *satisfacción*, a través, a su vez, de modalidades diversas<sup>20</sup>, el culpable responde por los perjuicios (no materiales) causados al Estado u Organización internacional lesionados<sup>21</sup>.

Lo primero que salta a la vista para un lector atento es que, *aparentemente*, la Comisión ha jerarquizado estas formas de reparación: el autor de la violación estaría obligado a *restituir*, y sólo si no puede o no es suficiente, *indemnizará*, para y únicamente si no se puede restituir y/o indemnizar o estas formas no son suficientes para obtener la reparación íntegra pasar a la *satisfacción*; tenor literal éste del Proyecto tanto sobre la responsabilidad del Estado (2001) como del relativo a la de las Organizaciones (2011)<sup>22</sup>, que da lugar en mi opinión a muchas dudas en este sentido.

Del texto final de los *comentarios* que la CDI efectuó al artículo 43 de su Proyecto (2001), se desprende sin embargo otra cosa: que la intención ha sido reconocer que “en general” el Estado lesionado tiene dere-

---

<sup>20</sup> La declaración de que el comportamiento del demandado es contrario al Derecho internacional adoptada por e incorporada a su decisión por un tribunal internacional es la que en la actualidad se aplica preferentemente (por ejemplo, la CIJ en su sentencia de 14 de febrero de 2002, en el asunto sobre la orden de arresto, *CIJ Recueil 2002*, pp 32-33; o en la de 27 de febrero de 2007, asunto relativo a la aplicación del Convenio sobre el genocidio, párrafos 463-465).

<sup>21</sup> Artículos 34 a 38 del Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones internacionales (2011).

<sup>22</sup> Artículos 35, 36.1 y 37.1, *Informe CDI... A/66/10...* cit. (nota 4), pp. 131 ss.

cho a elegir entre las distintas formas de reparación existentes<sup>23</sup>. En los comentarios al artículo 44 del texto adoptado sobre la responsabilidad de las Organizaciones internacionales (2011), la CDI (que comienza especificando que el artículo que aprueba se corresponde con su homólogo del Proyecto de 2001) afirma después algo que, en su laconismo, me parece, de un lado, se aparta de las consideraciones que hizo en su Proyecto de 2001 de que “en general” (en principio podríamos decir también) el sujeto lesionado tiene derecho a seguir la forma de reparación y, de otro, que refuerza la naturaleza abierta de este problema, pues sostiene:

“El hecho de que, según el párrafo 2, el Estado o la organización internacional que invoque la responsabilidad puede especificar algunos elementos, y en particular ‘la forma que debería adoptar la reparación’, no significa que la organización internacional responsable esté obligada a ajustarse a esas especificaciones”<sup>24</sup>.

Personalmente, creo que una cierta respuesta a esta cuestión puede encontrarse en la jurisprudencia internacional reciente, que a la postre ni apoya, a mi entender, la necesaria prevalencia de la restitución ni tampoco esa facultad de elección en general del sujeto lesionado a la que me refería: la modalidad de reparación pertinente será “la más adecuada”, lo que dependerá a su vez de las circunstancias concretas del caso<sup>25</sup>. En su sentencia sobre el fondo en el *asunto relativo a la aplicación del Convenio sobre el genocidio* (2007), la CIJ afirma expresamente que “el principio que rige la elección del modo de reparación consiste” en que esta borre en lo posible todas las consecuencias del hecho ilícito. Y si esto es así, ninguna de las modalidades de reparación (la restitución, la indemnización y la satisfacción) tendrá preferencia sobre otra necesariamente; será la que mejor alcance ese resultado, lo cual puede suceder (o no) con la restitución, con la indemnización (o no), con la satisfacción (o no) o con

---

<sup>23</sup> Aunque éste no se trate “de un derecho absoluto de elección” pues en ocasiones el Derecho Internacional puede exigir al sujeto autor del ilícito, más allá de la elegida en su caso por el lesionado, determinada forma de reparación (comentario 6 al artículo 43, *Informe CDI... A/56/10* cit. (nota 9), pp. 330-331.

<sup>24</sup> Comentario 2 al artículo 44, *Informe CDI... A/66/10* cit. (nota 4), p. 149.

<sup>25</sup> *Vid.* Gutiérrez Espada, C.: *La responsabilidad internacional (Las consecuencias del hecho ilícito)*, Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2005, pp. 54 ss. (párrafos 17-19).

algunas de ellas a la vez. En el caso en cuestión, la Corte, siguiendo su propia argumentación, consideró que ni la restitución ni la indemnización podrían eliminar de modo adecuado todas las consecuencias del hecho ilícito cometido por Serbia y Montenegro (su incumplimiento de la obligación que el convenio sobre el genocidio de 1948 establecía de prevenir y reprimir la comisión de dicho crimen), y que era una satisfacción apropiada la que podría hacerlo<sup>26</sup>. Más allá por tanto de la formulación tradicional que aparentemente ve en la *restitución* la forma necesariamente primera desde un punto de vista jurídico<sup>27</sup>, lo cierto es que son las circunstancias del caso las que indicarán cual de las formas de reparación posibles es “la adecuada”<sup>28</sup>, y difícilmente la restitución (o solo la restitución), dada su naturaleza, lo será como regla general.

Por lo demás, la reparación íntegra del perjuicio causado puede exigir la imposición de más de una modalidad de reparación o de más de una medida concreta en el seno de la forma de reparación elegida. En el asunto sobre *la orden de arresto de 11 de abril de 2000* (2002), tras decidir que el reconocimiento formal en su sentencia del carácter ilícito que la orden de arresto del Ministro congoleño de AAEE emitida por un juez belga constituía una *satisfacción* adecuada al daño moral sufrido por la República Democrática del Congo, la Corte considera que esa sola decisión «no borraría todas las consecuencias del hecho ilícito», por lo que ordenó a Bélgica la anulación de su orden de arresto e informar de ello a las autoridades a las que se había comunicado<sup>29</sup>. Asimismo, en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo* (2011), la Corte determinó que los hechos ilícitos cometidos por la República Democrática del Congo, en particular la violación de los derechos humanos cometidos en la persona del Sr. Diallo exigían:

---

<sup>26</sup> Sentencia de 27 de febrero de 2007, párrafos 460 a 465.

<sup>27</sup> Y que la Corte recoge también, por ejemplo en su sentencia de 20 de abril de 2010 sobre *las fábricas de papel*, párrafo 273; o en la sentencia de 20 de septiembre de 2011, en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo*, República de Guinea c. República Democrática del Congo, párrafo 161.

<sup>28</sup> *Vid.* párrafo 274 de la sentencia de 20 de abril de 2010 en el asunto de *las fábricas de papel* (Argentina c. Uruguay),

<sup>29</sup> Sentencia de 14 de febrero de 2002, *CIJ Recueil 2002*, pp. 32-33 (párrafos 75-77).

“además de la constatación judicial de dichas violaciones [es decir, conceder al Estado demandante una satisfacción], las reparación debida a Guinea en razón de los daños sufridos por el Sr. Diallo debe tomar la forma de una indemnización”<sup>30</sup>.

2. Como en el caso de los Estados respecto de su Derecho interno, la CDI ha aceptado que una Organización internacional no puede, como regla general, invocar las Reglas de la Organización para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales (artículo 32.1 del Proyecto definitivo [2011]); al menos en relación con sujetos terceros (Estados u organizaciones que no son miembros suyos).

Cuestión distinta es, claro, que en las relaciones internas, entre la Organización y sus Estados u Organizaciones internacionales miembros, dichas Reglas constituyen una *lex specialis*<sup>31</sup> y por ello pueden prevalecer sobre las del Proyecto (artículo 32.2). La Comisión destaca, por ejemplo, que dichas Reglas pueden afectar a temas como el de la atribución o imputación, o “pueden modificar las normas sobre las formas de la reparación que una organización responsable puede tener que prestar a sus miembros”<sup>32</sup>.

### **III. La responsabilidad por violación grave de normas imperativas**

1. El Derecho internacional contemporáneo reconoce la existencia de normas que protegen intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto. Este es el caso sin duda de las llamadas normas imperativas o de *ius cogens*. La Comisión aceptó su existencia por lo que tuvo que tenerlas en cuenta a la hora de regular la responsabilidad internacional. Así, cuando una Organización internacional comete la «violación gra-

---

<sup>30</sup> Sentencia de 20 de septiembre de 2011, párrafo 161.

<sup>31</sup> Cuestión a la que se refiere el artículo 64 del Proyecto (2011), comentarios al mismo en *Informe CDI... A/66/10* cit. (nota 4), pp. 180-182.

<sup>32</sup> Comentarios 4 y 3 al artículo 32, *Ibidem*, p. 134.

ve de obligaciones que emanen de una norma imperativa de Derecho internacional general” (artículo 41.1 del Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones internacionales), terminología que ya utilizara el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado (artículo 40.1), directamente inspirada en el artículo 53 de la CV (1969) sobre el Derecho de los Tratados, incurre en un régimen especial de responsabilidad.

El texto adoptado por el Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones internacionales (2011), que sigue fielmente también en este tema al adoptado en el 2001 sobre la responsabilidad del Estado, no imitó al texto que sobre este último adoptó en primera lectura la Comisión (1996) y que daba ejemplos concretos de “crímenes” (artículo 19), de modo que es lícito preguntarnos ¿cuáles son estas normas imperativas cuya violación grave constituirá, según la Comisión reconoce, una categoría especial de hechos ilícitos? La jurisprudencia del TIJ nos ha proporcionado ya indicaciones preciosas<sup>33</sup> y la misma CDI sí se ha referido en los comentarios a algunas de ellas (sobre las que, dice, “parece haber un amplio acuerdo”): la prohibición de la agresión, el genocidio, de la esclavitud y la discriminación racial, el derecho de libre determinación de los pueblos coloniales, la prohibición de la tortura, las normas básicas del Derecho internacional aplicable a los conflictos armados. No muchas más, sin duda, porque esta categoría comprende “un número restringido de normas universalmente aceptadas»<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Sentencia de 5 de febrero de 1970, asunto de la Barcelona Traction, *CIJ Recueil 1970*, p. 32 (párrafos 33 y 34); sentencia de 30 de junio de 1995, asunto de Timor Oriental, *CIJ Recueil 1995*, p. 102 (párrafo 29); sentencia de 11 de julio de 1996, asunto de la aplicación del Convenio para la prevención y represión del crimen de genocidio, *CIJ Recueil 1996*, p. 616 (párrafo 31). *Vid.* también el auto de 17 de diciembre de 1997, asunto sobre la aplicación del Convenio sobre prevención y castigo del crimen de genocidio [contra-demanda], *CIJ Recueil 1997*, p. 258, párrafo 35) y sus sentencias de 3 de febrero de 2006 en el asunto relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda 2002), República Democrática del Congo c. Rwanda (*CIJ Recueil 2006*, p. 32, párrafo 64).

<sup>34</sup> *Vid.* los comentarios 4-6 al artículo 40 del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001). La CDI, en su Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones afirma rotundamente que “los dos párrafos del presente artículo son idénticos

En cuanto a la «gravedad» se refiere, el Proyecto aclara que la violación será grave «si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por la organización internacional responsable» (artículo 41.2 del Proyectos [2011]). “Flagrante” o “sistemático”, no siendo preciso pues que aquella se quebrante permanente y generalizadamente, pudiendo bastar, parece, su incumplimiento manifiesto, imperdonable, indiscutible...

2. Todo hecho ilícito genera para la Organización internacional que lo ha cometido la obligación de *cesar* en su conducta (si es que continúa), ofrecer, si las circunstancias lo exigen, *garantías y seguridades de no repetición* y, en todo caso, la *obligación de reparar el perjuicio* causado al Estado u Organización internacional víctima del mismo. La reparación debe ser íntegra y llevarse a cabo, en forma única o combinada, a través de las modalidades clásicas: restitución, indemnización y satisfacción.

Pero la violación grave de normas imperativas de Derecho internacional general genera asimismo, además de obligar a su autor a reparar, consecuencias adicionales; por eso constituye un hecho ilícito específico y de ahí que se entienda que la responsabilidad internacional a este tipo de violaciones asignada representa una “categoría” propia de responsabilidad. Estas consecuencias adicionales se concretan en el nacimiento de las que se han llamado «obligaciones de solidaridad»: no reconocer, no ayudar ni asistir, cooperar para poner fin a la violación<sup>35</sup>:

A) *No reconocer*” las situaciones generadas por la violación grave de normas imperativas y “*no ayudar o asistir*” a su autor al mantenimiento de la violación son dos de las obligaciones establecidas. En los sucintos comentarios de la CDI, en su Proyecto en primera lectura sobre la responsabilidad internacional del Estado (1996), se mencionaba para ilustrar estas la práctica del Consejo de Seguridad en los asuntos de

---

a los del artículo 40 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” (comentario 2 al artículo 41, *Informe CDI... A/66/10* cit. [nota 4], p. 143).

<sup>35</sup> Artículo 42 del Proyectos (2011); también el IDI en su resolución sobre “Los derechos y obligaciones *erga omnes* en Derecho internacional” (artículo 5), adoptada el 27 de agosto de 2005 en su Sesión de Cracovia (Polonia) (<http://www.idi-iii.org>). La obligación de cooperar es previa lógicamente (pues se basa en que la ilicitud continúa...) y, a mi juicio, de mayor alcance que las otras.

Rhodesia del Sur (1965-1966) y Kuwait (1990-1991), cuando este órgano adoptó resoluciones obligatorias exigiendo de los miembros de la Organización conductas precisamente de ese tipo; casos a las que, por lo demás, cabría añadir otros, como el que representó la proclamación unilateral de independencia de la zona norte de Chipre (1983), ocupada desde 1974 por Turquía<sup>36</sup>. Las obligaciones de «no reconocer» y «no asistir ni ayudar» pretenden, jurisprudencialmente hablando, reflejar situaciones del tipo de la de Namibia, aclaró por su parte el Presidente del Comité de Redacción establecido por la CDI en el marco de sus trabajos sobre el Proyecto de artículos relativos a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en segunda lectura: y es que, en su dictamen consultivo de 1971, la CIJ estimó existente la obligación para todo Estado, miembro o no de Naciones Unidas, de no reconocer la presencia ilegal de África del Sur en Namibia ni ayudar o asistir a ese país a mantenerla; aunque pueden ponerse ya ejemplos más recientes, pues en el asunto sobre *las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio (palestino) ocupado* (2004), la Corte, tras calificar de obligaciones *erga omnes* las violadas por Israel, mantuvo que todos los Estados:

«tiene la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro [y]... no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación creada por tal construcción»<sup>37</sup>.

El reconocimiento, *a nivel del Derecho internacional en general*, de estas obligaciones a cargo tanto de los Estados como de las Organizaciones internacionales en casos de la violación grave de normas imperativas constituye, seguramente, un progreso del mismo que debería destacarse<sup>38</sup>. Y he escrito también “a cargo [también] de las organizaciones

---

<sup>36</sup> Resolución 216, de 12 de noviembre de 1965 (párrafo 2); resoluciones 661 de 6 de agosto de 1990, 662 del 9 (párrafo 2) y 664 del 18 de ese mismo mes (párrafo 3); por lo que al caso de Chipre se refiere, resoluciones 541 de 18 de noviembre de 1983 (párrafo 1) y 550 de 11 de mayo de 1984 (párrafo 3).

<sup>37</sup> Dictamen consultivo de 9 de julio de 2004, *CIJ Recueil 2004*, pp. 199-200 (párrafo 159 y en los párrafos 155-158 su consideración sobre el carácter *erga omnes* de las obligaciones violadas).

<sup>38</sup> Aunque en sus comentarios al artículo 42 del Proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (2011), la CDI no explicita (como sí hizo en los comentarios 6 y 3 al artículo 41 de su Proyectos sobre la responsabilidad del

internacionales”: es cierto, como la CDI afirma en sus comentarios al Proyecto sobre la responsabilidad de éstas entidades (2011), que hasta hoy no se ha demandado nunca a Organización alguna por violación grave de una norma imperativa, pero también lo es sin duda que dicha situación no quiere decir exactamente que no pudiese haberse producido (*vid. infra* parágrafo 10). De particular interés resulta a estos efectos el pasaje del dictamen de la CIJ, en el *asunto de las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado* (2004) en el que tras proclamar que todo Estado tiene el deber de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro y de no prestar ayuda o asistencia para el mantenimiento de la situación por esta creada, añadió (repárese, respecto de una Organización):

“las Naciones Unidas, y en especial la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, deberían considerar qué medidas adicionales son necesarias para poner fin a la situación ilegal resultante de la construcción del muro y el régimen conexo, teniendo debidamente en cuenta la presente opinión consultiva”<sup>39</sup>.

Nadie ha solicitado, sin embargo, de la Corte que de su opinión sobre qué medidas debería adoptar la ONU, en particular su Asamblea General

---

Estado, *Informe CDI... A/56/10* cit. [nota 9] pp. 311 y 310) que las obligaciones de no reconocimiento y de no asistir o ayudar “ya cuenta con apoyo en la práctica internacional y en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia”, sí pone ejemplos de la práctica en los que dichas obligaciones fueron tenidas en cuenta por Organizaciones internacionales (con lo que la frase, entrecomillada por mí, que se utiliza en el Proyecto sobre la responsabilidad de los Estados debe considerarse aplicable igualmente al caso de estas últimas): “por ejemplo, con respecto a la anexión de Kuwait por el Iraq, el Consejo de Seguridad, en su resolución 662/1990, exhortó a ‘todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a no reconocer esa anexión y a abstenerse de todo acto o transacción que pudiera interpretarse como un reconocimiento indirectos de la anexión’. Otro ejemplo es la declaración que hicieron los Estados miembros de la Comunidad Europea en 1991 acerca de las ‘Directrices relativas al reconocimiento de nuevos Estados en Europea Oriental y en la Unión Soviética’. Esta declaración incluía la siguiente frase: ‘la Comunidad y sus Estados Miembros no reconocerán a entidades que sean el resultado de una agresión’ “(comentario 7 al artículo 42, *Informe CDI... A/66/10* cit. [nota 4], pp. 144-145).

<sup>39</sup> Dictamen de 21 de julio de 2004, párrafos 163, 160 (*CIJ Recueil 2004*, pp. 202, 200).



y su Consejo de Seguridad, para poner fin a la situación ilegal resultante del ataque y ocupación de Irak (2003), ni tampoco desde luego que valoración jurídica merece la implicación que ella misma ha tenido con posterioridad en la situación de ese país<sup>40</sup>.

B) Por lo que se refiere a la *obligación de cooperar para poner fin a la violación grave*, la CDI hizo en sus comentarios al artículo 41 del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001) una distinción entre estas obligaciones de *abstención* (no reconocer y no asistir o ayudar) y la que implica un deber *positivo* de cooperar. *Aquéllas* (en particular la de no reconocer), afirma, “ya cuenta con apoyo en la práctica internacional y en las decisiones de la CIJ”, pero respecto de *ésta* (obligación de cooperar) la CDI plantea el que:

“pueda discutirse si en la actualidad el Derecho internacional general prescribe un deber positivo de colaboración, y a este respecto el párrafo 1 puede reflejar el desarrollo progresivo del Derecho internacional”<sup>41</sup>.

Cuando se presta atención a la práctica contemporánea en la que están en juego, sin duda, normas imperativas en un contexto de prolongación de una situación que aparentemente las ignora (derecho de libre determinación de los pueblos coloniales en el caso del Sahara Occidental, por ejemplo), la opinión de la CDI *no parece desacertada*. Y en una vuelta de tuerca de los calificativos, casi podría pensarse en su *corrección* si giramos la vista hacia lo ocurrido en Irak (2003), porque ¿cuántos Estados u Organizaciones internacionales intentaron cooperar para poner fin a la ocupación de ese país fruto de una guerra ilegal? (...); o si lo hacemos hacia la suerte que sigue corriendo la decisión de la CIJ en el asunto del muro (2004) y su petición de que la Organización de Naciones Unidas, por medio de su Asamblea General y Consejo de Seguridad, tomase las medidas necesarias para acabar con la situación que el mismo crea (...)<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Vid. C. Gutiérrez Espada y A. González Martín; *El conflicto de Irak II*, Ministerio de Defensa e Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, Madrid, 2006, pp. 54 ss.

<sup>41</sup> Comentario 3 al artículo 41 del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001), *Informe CDI...A/56/10* cit. (nota 9), p. 310.

<sup>42</sup> Vid. *supra* nota 39.

Las obligaciones adicionales que genera la violación grave de una norma imperativa, en particular la que ahora examinamos, “quedan en buena medida indeterminadas”. En particular no me parece resuelta con claridad, como ya apunté en su momento<sup>43</sup>, la interrogante siguiente: dado que el artículo 42.1 establece a cargo de toda Organización internacional en disposición de hacerlo la obligación de cooperar para poner fin a las violaciones graves, ¿no ampararía esta disposición la pretensión de Organizaciones internacionales terceras, cuando las mismas resultaran ser el único medio para lograrlo, de adoptar contramedidas?; más aún, y puesto que hablamos en términos de “deber”, ¿cabe deducir la *obligación* (y no ya la *facultad*) de adoptar contramedidas por parte de las Organizaciones internacionales que puedan hacerlo?.

3. Puede lamentarse el que la CDI no haya incluido tampoco en su Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones internacionales (2011) otras consecuencias que se debatieron en el marco de los trabajos preparatorios del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001)<sup>44</sup>, por lo que, como el representante de España ante la Sexta Comisión dijera en su día en relación con el artículo 41 de este último Proyecto de artículos (2001): la regulación aprobada solo debe entenderse:

“como medio de obtener una solución provisional... que recoge el mínimo común denominador de las posiciones gubernamentales»<sup>45</sup>.

En todo caso, La CDI ha dejado prudentemente abierta en el Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones internacionales (2011), como ya hiciera en el caso del relativo a la responsabilidad de los Estados (2001), la posibilidad de que la evolución del Derecho internacional asigne en el futuro otras consecuencias para estos hechos ilícitos de especial gravedad:

“El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una

---

<sup>43</sup> Vid. C. Gutiérrez Espada: *La responsabilidad internacional...* cit. (nota 25), pp. 114-120 (parágrafo 61)

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 102 ss., 120 ss.

<sup>45</sup> Doc. A/C.6/56/SR.12, p. 9 (Sr. Pérez Giralda).

violación a la que se aplique el presente Capítulo pueda generar según el Derecho internacional» (artículo 41.3 del Proyecto de 2001 y 42.3. del relativo a la responsabilidad de las Organizaciones internacionales de 2011).

4. En su Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones internacionales (2011), la Comisión reconoce que quizás sea menos probable que violaciones graves de normas imperativas se cometan por éstas y admite que la práctica no ofrece ejemplos de caso alguno en que las disposiciones de sus artículos 41 y 42 se hicieran valer respecto de las mismas. Pero también considera, muy juiciosamente en mi opinión, que:

“Sin embargo, el riesgo de tal violación no puede ser totalmente excluido. No es inconcebible, por ejemplo, que una organización internacional cometa una agresión o vulnere una obligación dimanante de una norma imperativa de derecho internacional general relativa a la protección de los derechos humanos. Si se produce una violación grave, sus consecuencias tienen que ser las mismas que en el caso de los Estados”<sup>46</sup>.

¡Y tanto!, podría decirse. Porque uno se pregunta si el ataque armado de la OTAN a Yugoslavia (1999), cuyo desenlace fue el establecer sobre la provincia serbia de Kosovo un régimen de administración internacional y que a la postre va camino de convertirse en un caso de secesión unilateral<sup>47</sup>, podría calificarse de agresión; ¿es absolutamente irra-

---

<sup>46</sup> Comentario 1 al artículo 41 y 5 al artículo 42, *Informe CDI...A/66/10* cit. (nota 4), pp. 142, 144.

<sup>47</sup> *Vid.* Dictamen consultivo de 27 de julio de 2010, asunto sobre la conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo, *CIJ Recueil 2010*, párrafos 88-89 y 93 (<http://www.cij-icj.org>). Para una valoración muy crítica del dictamen, incluyendo su análisis de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad *vid. ad ex.* C. Gutiérrez Espada y R. Bermejo García: *De la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010, sobre Kosovo*, Documento de Trabajo 35/2010, 10/11/2010, pp. 1-13. Real Instituto Elcano, Madrid (España) ([www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org)); y de los mismos autores, con más detalle: “La declaración unilateral de independencia de Kosovo a la luz de la Opinión consultiva de la CIJ, de 22 de julio de 2010 y de las declaraciones, opiniones individuales y disidentes a la misma”, *AEDI*, 26 (2010), pp. 7-59. Y también de ambos autores: *La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación*, Documento de Trabajo núm. 7, 14 de febrero de 2008, pp. 1-19; y *Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y*

zponible plantearse si con la implicación en la gestión del país tras la Guerra de Irak (2003), ilegal donde las haya, la mismísima Organización de Naciones Unidas no ayudó a la consolidación de la situación creada por la violación grave de una norma imperativa?; o, item más, ¿al desbordar la autorización del uso de la fuerza armada concedida por el Consejo de Seguridad en su resolución 1973 (2011), no cometió la OTAN una violación grave de la norma que prohíbe el uso de la fuerza, calificada ya *expressis verbis* por la CIJ de netamente imperativa?<sup>48</sup>

#### **IV. Obligación de los miembros de las organizaciones internacionales de aportar los medios para que ésta pueda hacer frente a su responsabilidad**

1. No se detecta en la regulación que de la responsabilidad de las Organizaciones internacionales se hace en el Proyecto de artículos aprobado por la CDI (2011), particularidades aplicables únicamente y por serlo a las Organizaciones internacionales (que no a los Estados). En cuanto a las consecuencias de los hechos ilícitos cometidos, pues, Organizaciones y Estados, se encuentran esencialmente obligados por las mismas normas tanto en lo que se refiere a las violaciones del Derecho ordinarias o comunes cuanto a las que suponen la violación grave de normas imperativas.

Sólo una cuestión que conviene apuntar. Las Organizaciones internacionales, como la CDI reconoce en los comentarios a su Proyecto de artículos sobre las mismas (2011) “poseen una personalidad jurídica internacional distinta de la de sus miembros”, lo cual supone, como la CDI

---

*otras reflexiones*, Documento de Trabajo núm. 41, 24 de septiembre de 2008, pp. 1-21 ([www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org)).

<sup>48</sup> *Vid. ad ex.* los trabajos de R. Bermejo García: (“La protección de la población civil en Libia como coartada para derrocar un Gobierno; un mal inicio para la responsabilidad de proteger” (pp. 9-55), de C. Gutiérrez Espada: “Sobre el ‘núcleo duro’ de la resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad y acerca de su aplicación en la práctica” (pp. 57-75) y de E. López-Jacoiste Díaz: “La crisis de Libia desde la perspectiva de la responsabilidad de proteger» (pp. 109-152), todos ellos en *AEDI*, 27 (2011).

acepta también, que ellas “son, en principio, los únicos sujetos para los que nacen las consecuencias jurídicas de sus hechos internacionalmente ilícitos”<sup>49</sup>. Y sin embargo sería absurdo cerrar los ojos al hecho de que las Organizaciones internacionales no podrían cumplir cometido alguno sin los medios financieros que sus miembros les aportan. Habida cuenta de ello, la Comisión ha querido dejar claro en la regulación que de la responsabilidad de estos sujetos hace que cuando una Organización internacional es responsable de la comisión de un hecho ilícito debe hacer frente a la obligación de reparar que la misma comporta y que, por lo común, ello supondrá para sus miembros el deber de procurarle los medios necesarios<sup>50</sup>.

2. A tal efecto, la Comisión incluye en su Proyecto el artículo 40 en cual se dan dos mensajes: uno dirigido a las Organizaciones internacionales, recordándoles su obligación de adoptar todas las medidas apropiadas a fin de que sus miembros les proporcionen los medios necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones por cometer un hecho ilícito (párrafo 1); y otro a los miembros de la Organización internacional responsable, advirtiéndoles de su obligación (“adoptarán”) de tomar todas las medidas apropiadas que las Reglas de la Organización requieran para que ésta haga frente a su responsabilidad (párrafo 2).

3. El tenor literal del artículo 39 en el texto probado en primera lectura (2009) (finalmente artículo 40 del Proyecto) resultaba, como ya hice constar en su momento, debilitado si es que no “desvirtuado”<sup>51</sup>, por los comentarios que del mismo se hacían.

Si por una parte, el párrafo 2 del artículo 39 parecía imponer a los miembros de una Organización autora de un hecho ilícito la obligación de

---

<sup>49</sup> Comentario 1 al artículo 40 de su Proyecto (2011), *Informe CDI... A/66/10* cit. (nota 4), p. 141.

<sup>50</sup> Afirma la CDI muy gráficamente que a fin de poder cumplir una Organización internacional dada su obligación de reparar, “esto quiere decir, en general, que se pedirá a los miembros de la organización que proporcionen los medios necesarios” (comentario 3 al artículo 40, *Informe CDI... A/66/10* cit., p. 141).

<sup>51</sup> C. Gutiérrez Espada: *La responsabilidad internacional de Estados y Organizaciones (Balance provisional de coincidencias y matices)*, Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2010, pp. 169-172 (párrafo 22).

hacer posible, con la aportación financiera que sea necesaria en su caso, el que la misma pueda hacer frente a su responsabilidad<sup>52</sup> (lo que resultaba más que conveniente habida cuenta de que en principio los miembros de una Organización internacional no eran responsables de los hechos ilícitos por esta cometidos), por otra la Comisión:

- Advierte que dicho párrafo “es fundamentalmente de carácter declarativo”<sup>53</sup>, esto es, entiendo yo, se trata de un recordatorio a los miembros de la Organización internacional responsable de que están obligados a adoptar, de conformidad con las Reglas de la Organización, todas las medidas apropiadas para que esta pueda hacer frente a su obligación de reparar; pero el párrafo 2 no puede *per se* suplir la ausencia de estas medidas en las Reglas una Organización dada.

- Comunicándonos por la Comisión, además, que “la mayoría de la Comisión sostuvo que, según el Derecho Internacional general los miembros de una organización internacional no tenían el deber de adoptar todas las medidas apropiadas para proporcionar a la organización los medios para cumplir la obligación de reparar” (habiéndose solo algunos manifestado en sentido contrario y otros pocos viendo en este artículo una normas de desarrollo progresivo)<sup>54</sup>.

- Y, en fin, nos decía que las opiniones manifestadas por varios Estado y por alguna Organización internacional, en sus comentarios y observaciones al Proyecto (en el sentido de que ninguna obligación tienen en tal sentido los miembros de una organización dada), constituyen un planteamiento del tema que “parece conforme a la práctica, que no ofrece ningún respaldo a la existencia de una obligación de esta índole en derecho internacional”<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Pues dice así: “Los miembros de la organización internacional responsable tienen que adoptar, de conformidad con las reglas de la organización, todas las medidas apropiadas para proporcionar a la organización los medios para cumplir efectivamente las obligaciones que le incumben en virtud del presente capítulo “

<sup>53</sup> Comentario 5 al artículo 39, *Ibidem*, p. 139.

<sup>54</sup> Comentario 7, *Ibidem*.

<sup>55</sup> Comentario 2 al artículo 39, *Informe de la CDI, 61º período de sesiones (4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009). Documentos oficiales de la Asamblea General, 64º período de sesiones (A/64/10)*, Naciones Unidas, Nueva York, 2009, pp. 16 ss..

En conclusión, que el artículo 39 del Proyecto de la CDI aprobado en primera lectura (2009) parecía en el mejor de los casos una mera propuesta *de lege ferenda*, sin que pudiera considerarse que, hoy por hoy, y si la Organización internacional responsable de un hecho ilícito no tiene con qué por no haberlo previsto o porque los miembros no han adoptado las medidas tomadas al respecto en las Reglas de la Organización, los sujetos lesionados pudieran aspirar a que los miembros que la componen tengan algo que ver en el asunto. Salvo, pero es otra cuestión a la que aludiremos después, que los Estados u Organizaciones miembros de la Organización internacional autora de un hecho ilícito asuman su responsabilidad o hayan inducido con su comportamiento en el sujeto lesionado la confianza de que ellos se harían cargo en su caso del pago de los daños (*infra* apartado V).

4. Los comentarios que la Comisión ha efectuado al artículo 40 en su Proyecto definitivo (2011) son más esperanzadores. Sigue claro que los medios que los Estados miembros deben proporcionar a la Organización para que esta haga frente a sus obligaciones internacionales, incluidas las derivadas de la comisión de hechos ilícitos, o están reflejados en las Reglas de la Organización o no están, y si no están y no hay con qué la Organización no paga y los sujetos lesionados no puede, en principio, intentar ir contra sus miembros...

Pero la Comisión nos recuerda que la obligación de los miembros de una Organización internacional de dotar a esta de todos los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones, entre las que se encuentra la de ser capaz de hacer frente a sus responsabilidades, forma parte *implícitamente* de las reglas de la Organización<sup>56</sup>; siguiendo este razonamiento cabría entender que si los miembros no lo hacen, están permitiendo, ayudando, a que un hecho ilícito se cometa por la Organización misma. La fuerza de este recordatorio al que aludo se potencia si constatamos que los comentarios al Proyecto definitivo (2011) eliminan el que se hizo en Primera lectura (2009) en el sentido de que no había ninguna obligación en el Derecho Internacional vigente que forzara a los miem-

---

<sup>56</sup> Comentario 5 al artículo 40, *Informe CDI...A/66/10* cit. (nota 4), p. 142.

bros de las Organizaciones a dotar a estas de los medios necesarios para hacer frente a su deber de reparar.

## **V. La responsabilidad internacional de los Estados miembros por los hechos ilícitos cometidos por la organización internacional a la que pertenecen**

1. El Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de las Organizaciones internacionales (2011), en fin, se ha ocupado, asimismo, de clarificar una de las cuestiones más debatidas: ¿deben los miembros de una Organización (Estados u otras organizaciones) considerarse responsables también de los ilícitos cometidos por ella?

Se ha escrito y con razón que “el tema más difícil e interesante en el campo de la responsabilidad de las organizaciones internacionales atañer a la responsabilidad de un miembro de la organización respecto a terceros por actos adoptados por la organización”<sup>57</sup>. La participación de los Estados miembros en la toma de decisiones de la Organización o la dependencia financiera y material de esta última respecto de aquellos los primeros, entre otras causas, dificultan la labor de identificación en no pocas ocasiones del titular de la obligación de reparar<sup>58</sup>.

2. La jurisprudencia que trata la responsabilidad de los Estados por su condición de miembros a causa de un hecho ilícito imputable a una Organización internacional es escasa. Los dos principales precedentes

---

<sup>57</sup> Hirsch, M.: *The responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles*. The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 96.

<sup>58</sup> *Vid. Ad ex.* Brownlie, I.: “The responsibility of States for the acts of international organizations”, en M. Ragazzi (Editor): *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, M. Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, pp. 355-362; Yee, S.: “The responsibility of States members of an international organization for its conduct as a result of membership or their normal conduct associated with membership”, en Ragazzi (Editor): *International responsibility today... cit.*, pp. 435-454.



proceden de tribunales nacionales que deciden fundamentalmente aplicando su Derecho interno (aunque hacen sí ciertas observaciones sobre el Derecho Internacional). En todo caso, parece haber unanimidad doctrinal en que “las decisiones adoptadas en estos dos casos no condujeron a ninguna solución clara”<sup>59</sup>. La CDI participa de esta opinión<sup>60</sup>.

La doctrina no mantiene sobre esta cuestión una actitud uniforme<sup>61</sup>. Hay autores que se decantan por la responsabilidad de los Estados miem-

---

<sup>59</sup> J. d’Aspremont: “Abuse of the Legal Personality of International Organizations and the Responsibility of Member States”, *International Organizations Law Review*, 2007, pp. 91-119 (p. 94).

<sup>60</sup> Se trata de los casos de la *Westland Helicopters c. La Organización Árabe para la Industrialización* y del asunto *sobre el Consejo Internacional del Estadio*, que la CDI comenta en sus líneas esenciales. Para un conocimiento más detallado de ambos: “Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization, United Arab Emirates, Kingdom of Saudi Arabia, State of Qatar, Arab Republic of Egypt and Arab British Helicopter Company”, International Chamber of Commerce, Court of Arbitration, 5 de marzo de 1984, *International Law Reports*, vol. 80, (sobre todo, pp. 610-616). El asunto acabó ante el Tribunal de Justicia de Ginebra (Suiza): sentencia de 3 de noviembre de 1987, *Révue de l’arbitrage*, 18 (1989), núm. 1 (sobre todo, pp. 519-526). Y en relación con el Consejo Internacional del Estado, sentencia del Tribunal Superior de Reino Unido en el asunto J.H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. c. Ministerio de Comercio e Industria de Reino Unido y otros, de 29 de julio de 1987, *International Law Reports*, vol. 77 (sobre todo pp. 74-89); sentencia del Tribunal Superior de Reino Unido en el asunto Maclaine Watson & Co. Ltd. c. Ministerio de Comercio e Industria de Reino Unido, de 29 de julio de 1987, *International Law Reports*, vol. 80 (sobre todo pp. 44-47); sentencia del Tribunal de Apelación de Reino Unido en los asuntos Maclaine Watson & Co. Ltdl contra el Ministerio de Comercio e Industria del Reino Unido y JH Rayner (Mincing Lane) Ltd. contra el Departamento de Comercio e Industria, de 27 de abril de 1988, *International Law Reports* vol. 80 (sobre todo pp. 57, 108-109, 141-147, 172-175). Y (Sentencia de la Cámara de los Lores en los asuntos Australia & Nueva Zelanda Banking Group Ltd and Others v. Commonwealth of Australia and 23 Others; Amalgamated Metal Training Ltd. and Others v. Department of Trade Industry and Others; Maclaine Watson & Co. Ltd. v. Department of Trade and Industry; Maclaine Watson & Co. Ltd. International Tin Council, de 26 de octubre de 1989, *ILM*, 29 (1980) (sobre todo pp. 670-707).

<sup>61</sup> *Vid.* el clarificador análisis que en este sentido que llevan a cabo H.G. Schermers. y N.M. Blokker.: *International Institutional Law. Unity within diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya-Londres-Boston, 1995 (3ª edición revisada), pp. 990 ss. (párrafos 1582 ss.).

bros, en cuanto tales, por los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por la organización internacional de la que forman parte<sup>62</sup>. Otros la niegan rotundamente<sup>63</sup>, aunque admiten excepciones<sup>64</sup>.

3. Siguiendo la tesis del Relator, Sr. Gaja<sup>65</sup>, la CDI, en su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

---

<sup>62</sup> Es opinión muy extendida que H. T. Adams (*Les organismes internationaux spécialisés*, LGDJ, París, t. 1, 1965, pp. 129 ss.), H.G. Schermers (*International Institutional Law*, The Netherlands, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 780; Id.: “Liability of International Organizations”, *Leiden Journal of International Law*, 1, 1988, pp. 3-14, pp. 7-9) e I. Seidl-Hohenveldern (“Piercing the Veil of International Organizations: The International Tin Council Case in the English Court of Appeals”, *GYIL*, 32 [1989], pp. 43-54, p. 54). han defendido con particular vigor la responsabilidad de los Estados miembros por los ilícitos de la organización de la que forman parte.

Hay otros, por supuesto, como F.A. Mann. (“International Corporations and National Law”, 42 *BYIL*, 42 [1967], pp. 145-174, pp. 160-61) o, más recientemente aún S. Yee. (“The responsibility of State Members...”, en M. Ragazzi [Editor], *International Responsibility Today... cit.* [nota 58], p. 442). Debe advertirse, en todo caso, que en las últimas ediciones de su reputadísimo Manual sobre las Organizaciones internacionales el profesor Schermers mantiene, a mi entender, posiciones más matizadas respecto de sus posiciones iniciales: *vid. ad ex.* H.G. Schermers. y N.M. Blokker.: *International Institutional Law. Unity... cit.*, pp. 992-995 (párrafos 1585-1590).

<sup>63</sup> Entre otros, Shihata, I.F.I.: “The Role of Economic Development: The Legal Problems of International Public Ventures”, *Revue Egyptienne de Droit International*, 25 (1969), pp. 119-128 (p. 125); Amerasinghe, C.F.: “Liability to third parties of member states of international organizations: practice, principle and judicial precedent”, *AJIL*, 85 (1991), núm. 2, pp. 259-280 (p. 280); Klein, P.: *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit de gens*, Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 490-520. Para un análisis más reciente de la cuestión, A. Stumer: “Liability of member states for acts of international organizations: reconsidering the policy objections”, *Harvard ILJ*, 48 (2007), núm. 2, pp. 553-580.

<sup>64</sup> Como cuando los miembros de una Organización internacional asumen voluntariamente el hacerse cargo de la responsabilidad de la misma o si con su comportamiento indujeron a los perjudicados por el hecho internacionalmente ilícito del que la organización internacional de la que forman parte es responsable a confiar en que ellos, sus Estados y en su caso organizaciones miembros, se harían cargo del problema. *Vid. ad ex.*: Amerasinghe: “Liability to third...” cit., p. 280; Klein.: *La responsabilité... cit.*, pp. 509-510, 588.

<sup>65</sup> Cuarto Informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Doc. A/CN.4/564/Add. 2, de 12 de abril de 2006, pp. 10 ss. (párrafos 88 ss.).

les (2011), ha llegado a la conclusión, como hiciera el IDI en 1996<sup>66</sup>, de que en el Derecho Internacional contemporáneo los miembros de una organización internacional (Estados u otras Organizaciones) no son responsables por los hechos internacionalmente ilícitos por esta cometidos, salvo que “acepten la responsabilidad de ese hecho” o hayan inducido “a la parte perjudicada a confiar en su responsabilidad” (artículo 62.1 a) y b). Asimismo, la Comisión considera razonable que, en los dos casos mencionados, la responsabilidad de los miembros de la organización se presuma supletoria o subsidiaria respecto de la misma<sup>67</sup>.

## VI. Referencia a los supuestos de responsabilidad compartida

1. Aunque no se trate de un supuesto usual, no puede descartarse que un hecho internacionalmente ilícito sea obra de una Organización internacional junto con otro Estados y/o Organizaciones. La CDI lo admite<sup>68</sup>. Se habla en estos casos, también por la CDI, de responsabilidad *solidaria*.

En estos casos, la autoría del hecho ilícito es imputable a dos o más sujetos. Nada más lógico que todos y cada uno pueda ser reclamado como autor por el sujeto lesionado. Es lo que dispone el artículo 48.1 del Proyecto (2011). La Comisión da incluso un ejemplo concreto de la práctica que atañe, precisamente, a una Organización internacional: es el caso de los acuerdos mixtos de la Unión Europea, esto es, los concertados tanto por la Unión como por sus miembros (o algunos de ellos), en los casos en los que su texto:

---

<sup>66</sup> Resolución sobre las consecuencias jurídicas para sus Estados miembros derivadas del incumplimientos de sus obligaciones internacionales por una Organización (*Annuaire de l'IDI*, 66-II, 1996, p. 445); también: *Annuaire de l'IDI*, vol. 66, tomo I, Sesión de Lisboa, 1995, pp. 415-418 y 462. *Vid.* comentarios 3-10 al artículo 62, *Informe...A/66/10* cit. (nota 4, pp. 175-178

<sup>67</sup> Comentario 13 al artículo 62, *Informe CDI... A/66/10*, p. 178.

<sup>68</sup> Comentario 1 al artículo 48 del Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones (2011), *Informe CDI...A/66/10... cit.*, p. 154.

“no prevé el deslinde de la responsabilidad entre la Unión y sus Estados miembros”<sup>69</sup>

2. No parece razonable que en los supuestos de responsabilidad solidaria se disponga que alguna de las entidades responsables solo lo será a título subsidiario, esto es, una vez que el responsable a título principal no haga frente a su responsabilidad. En el supuesto que estamos contemplando, todos los implicados son por definición autores del ilícito, todos ellos pues comparten la responsabilidad o, es otra forma de decirlo, todos son responsables a título principal (...).

Si hay práctica manifiesta que parece sostener lo contrario, como ocurre por ejemplo en el Convenio sobre la responsabilidad por daños causados por objetos espaciales (1972) en relación con las Organizaciones internacionales, al determinar su artículo 22 que en el caso de daños causados por el objeto espacial de una Organización internacional tanto ella como sus Estados miembros son mancomunada y solidariamente responsables, aunque la reclamación debe dirigirse primero a ella y solo si esta no cumple en un plazo determinado podría dirigirse contra todos y cada uno de sus Estados miembros<sup>70</sup>, sólo puede entenderse como una

---

<sup>69</sup> *Ibidem.*

<sup>70</sup> Artículo XXII. “1. En el presente Convenio, salvo los artículos XXIV a XXVII, se entenderá que las referencias que se hacen a los Estados se aplican a cualquier organización intergubernamental internacional que se dedique a actividades espaciales si ésta declara que acepta los derechos y obligaciones previstos en este Convenio y si una mayoría de sus Estados miembros son Estados Partes en este Convenio y en el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes.

2. Los Estados miembros de tal organización que sean Estados Partes en este Convenio adoptarán todas las medidas adecuadas para lograr que la organización formule una declaración de conformidad con el párrafo precedente.

3. Si una organización intergubernamental internacional es responsable de daños en virtud de las disposiciones del presente Convenio, esa organización y sus miembros que sean Estados Partes en este convenio serán mancomunada y solidariamente responsables, teniendo en cuenta sin embargo:

a) que la demanda de indemnización ha de presentarse en primer lugar contra la organización;

manifestación de la desconfianza en definitiva hacia la subjetividad internacional plena de estas entidades<sup>71</sup>, inaceptable en la actualidad. No es este el criterio que la CDI ha seguido, como sabemos (*supra* párrafos 15-17): cuando una Organización internacional comete un hecho internacionalmente ilícito ella es la única responsable del mismo (no sus Estados miembros). Estos lo serían únicamente (y lo serían a causa de su propia conducta) con carácter subsidiario si asumen como propia la ilicitud cometida por aquélla o hacen nacer en los terceros la confianza en que estarían dispuestos a compartir la responsabilidad de la Organización de la que forman parte.

Por esta razón no parece una buena técnica jurídica tratar en el mismo artículo 48 tanto la figura de la responsabilidad solidaria como los casos de responsabilidad subsidiaria, poniéndose además como ejemplo el caso de los Estado miembros de una Organización internacional que asumen como propio el hecho ilícito de ésta o generan en tercero la confianza de que ellos también serán, llegado el caso, responsables<sup>72</sup>.

3. En los supuestos genuinos de responsabilidad solidaria, naturalmente, el Estado u Organización internacional que hubiese atendido la responsabilidad que se le reclama, podría, dependiendo de las circunstancias del caso, tener derecho a recurrir ante el otro Estado u Organización internacional responsable<sup>73</sup>.

---

b) que sólo si la organización deja de pagar, dentro de un plazo de seis meses, la cantidad convenida o que se haya fijado como indemnización de los daños, podrá el Estado demandante invocar la responsabilidad de los miembros que sean Estados Partes en este Convenio a los fines del pago de esa cantidad.

4. Toda demanda de indemnización que, conforme a las disposiciones de este Convenio, se haga por daños causados a una organización que haya formulado una declaración en virtud del párrafo 1 de este artículo deberá ser presentada por un Estado miembro de la organización que sea Estado Parte en este. Convenio” (BOE, 2 de mayo de 1980).

<sup>71</sup> Vid. Gutiérrez Espada, C.: *La responsabilidad internacional por daños en el Derecho del Espacio*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1979, pp. 249-267

<sup>72</sup> Comentario 2 al artículo 48.

<sup>73</sup> Artículo 48.3.b.



# EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Hortensia D.T. GUTIÉRREZ POSSE

**Sumario:** Introducción. 1. La responsabilidad por infracciones graves al derecho internacional humanitario. a. La responsabilidad de la Parte en un conflicto armado internacional. b. La responsabilidad del individuo. 2. El control jurisdiccional. a. Las conductas de los Estados. i) La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia. ii) La competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia. b. Las conductas de los individuos. i) El juzgamiento por los Estados. ii) El juzgamiento por tribunales internacionales. iii) El juzgamiento por tribunales internos internacionalizados. Reflexiones finales

## Introducción

El derecho internacional humanitario es un ordenamiento positivo que tiene por objeto poner límites a los métodos y medios de combate a la par que proteger a quienes no participan directamente, o han dejado de participar, en hostilidades. Sus normas, convencionales o consuetudinarias, establecen concretos derechos y obligaciones entre quienes vinculan, generando la falta de cumplimiento de sus disposiciones la responsabilidad del sujeto obligado. En consecuencia, un recaudo de su eficacia es el control de su aplicación ya que constituye tanto la vía idónea para intentar hacer cesar las violaciones como un modo de prevenir que vuelvan a cometerse.

Ese control puede tener una naturaleza política o una jurisdiccional y, por cierto, han de ser los Estados quienes en primer lugar están obligados a respetar y hacer respetar sus normas pero ello no implica dejar de lado la capacidad atribuida con el mismo objeto a otros órganos de la comunidad internacional.

Las páginas que siguen se dedicarán entonces a la consideración de los distintos mecanismos de control jurisdiccional de la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario, en función de la responsabilidad generada por su incumplimiento, a partir de las conductas que pueden asumir los Estados pero examinando también la evolución del sistema que ha conducido a que la competencia para juzgar pueda ser atribuida a instancias internacionales o a instancias internas internacionalizadas.

## **1. La responsabilidad por infracciones graves al derecho internacional humanitario**

Una norma es jurídica cuando el incumplimiento de la pauta de conducta que se establece en ella acarrea una consecuencia concreta; esto es, genera la responsabilidad de aquél sobre quien pesaba el deber de actuar -o no actuar- en la forma establecida. En el derecho internacional, si la norma violada tenía una naturaleza dispositiva, siendo fuente de derechos y obligaciones para quienes expresaron su voluntad de vincularse por ella, sólo las partes han de tener la capacidad de reclamar por el hecho internacionalmente ilícito si así lo entendiesen pertinente. En cambio, si la regla de derecho incumplida amparase valores fundamentales de la comunidad internacional, siendo oponible *erga omnes*, serían los miembros de esa comunidad internacional quienes gozarían de la capacidad de reclamar por su conducta a quien ha comprometido su responsabilidad<sup>1</sup>.

En el derecho internacional humanitario cuando se cometen infracciones graves, vulnerando normas que protegen importantes valores, acarreando graves consecuencias para las víctimas y amenazando la paz y la seguridad internacionales, también se incurre en responsabilidad. Es decir que, tal como ya se establecía en la Convención de La Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, el Estado beligerante que violase las disposiciones del Reglamento anexo a la Convención está obligado a indemnización, si fuere el caso, siendo responsable

---

<sup>1</sup> Doc. A/56/83, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, arts. 33, 40, 42, 48; Crawford, J. (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010



de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada<sup>2</sup>. A esta responsabilidad, de naturaleza civil, cabe agregar la de naturaleza penal de los individuos cuyas conductas fuesen violatorias de un deber ser jurídico que les impone este ordenamiento y se vinculen de algún modo con un conflicto armado. Cabe examinar, entonces, como se gesta y evoluciona la institución de la responsabilidad penal individual en el ámbito del derecho internacional humanitario para llegar a tener al presente el carácter de un principio general de este ordenamiento jurídico, de fuente tanto convencional como consuetudinaria<sup>3</sup>. Por cierto, sin que ello implique dejar de lado la responsabilidad del Estado de naturaleza civil.

#### *a. La responsabilidad de la Parte en un conflicto armado internacional*

En el ámbito internacional todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado genera su responsabilidad<sup>4</sup>. Esto es que, cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión le es atribuible y constituye una violación de una obligación que recaía sobre él, está obligado a cesar en esa conducta y reparar íntegramente el perjuicio que hubiese causado<sup>5</sup>. El Reglamento Anexo a la Convención IV de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, a partir de la afirmación de que los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo<sup>6</sup>, establece la prohibición de incurrir en una serie de conductas, sea durante las hostilidades<sup>7</sup>,

---

<sup>2</sup> Convención, art. 3; retomado en el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante Protocolo Adicional I), art. 91, en el que la norma ya no se refiere exclusivamente al Estado sino que genéricamente se dirige a las Partes en conflicto en atención al ámbito de validez personal de este tratado

<sup>3</sup> van Sliedregt, E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

<sup>4</sup> Doc. A/56/83, *op.cit.* nota 1, art. 1.

<sup>5</sup> *Ibid.*, arts. 2, 12, 30, 31 y concordantes.

<sup>6</sup> Reglamento, art. 22.

<sup>7</sup> *Ibid.*, arts. 23, 25, 28.

sea cuando se ocupe el territorio de un Estado enemigo<sup>8</sup>. De acuerdo a la Convención, el obligado a instruir a sus fuerzas armadas para que actúen según lo dispuesto por el Reglamento es el Estado<sup>9</sup> y, en consecuencia, si ellas no conformasen sus conductas a ese deber ser, es el Estado quien estará obligado a indemnizar si fuese del caso<sup>10</sup> puesto que ese hecho internacionalmente ilícito le sería atribuible y habría generado su responsabilidad; en la especie, de naturaleza civil<sup>11</sup>. Es decir que en el derecho internacional humanitario, al igual que en el derecho internacional general del que es una de sus ramas, la responsabilidad del Estado como consecuencia del incumplimiento de una obligación internacional que ha asumido está claramente establecida. En consecuencia, desde fines del siglo XVIII los Tratados de Paz contenían cláusulas en virtud de las cuales el Estado vencido debía pagar una indemnización de guerra al vencedor; indemnización cuyo monto solía ser fijado por la sola voluntad de este último. Las arbitrariedades que se sucedieron generaron una tendencia hacia la eliminación de esta práctica. Sin embargo, la posibilidad de indemnizar se incluye en la Convención IV de La Haya de 1907 y al ponerse término a la Primera Guerra Mundial con la conclusión del Tratado de Paz con Alemania, firmado en Versalles el 28 de junio de 1919, la Parte VIII de este tratado se dedicó íntegramente a las reparaciones de guerra que debía cancelar este país<sup>12</sup>.

Luego de la Segunda Guerra Mundial<sup>13</sup>, y de los hechos que se sucedieron a partir de 1960 en Africa y en Asia, al adoptarse en 1977 el

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, arts. 44, 45, 47, 56.

<sup>9</sup> Convención, art. 1.

<sup>10</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>11</sup> Doc. A/56/83, *op.cit.* nota 1, arts. 4, 5.

<sup>12</sup> Rousseau, Ch., *Le droit des conflits armés*, Paris, Pedone, 1983, pp. 204-206, 517-519; el art. 231 del Tratado dejaba sentada la responsabilidad de Alemania en el sentido del derecho civil al estipular que Alemania debería pagar los perjuicios “sufridos por los Gobiernos aliados como consecuencia de la guerra que les fue impuesta por la agresión de Alemania y sus aliados”; en el art. 297 e) se preveía indemnización para los nacionales de las Potencias aliadas por los daños ocasionados por Alemania por medidas excepcionales de guerra o medidas de disposición de bienes derechos e intereses que hubiesen tenido en territorio alemán

<sup>13</sup> Rousseau, Ch., *op. cit.* nota precedente, pp. 207-208, 518-519, según el acuerdo de Yalta, 11-II-1945, la reparación debía contemplar no sólo los daños sino

Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 aplicable a los conflictos armados internacionales, la norma que en la Convención IV de La Haya de 1907 instituía la responsabilidad del Estado se retoma pero ahora no se menciona como centro de imputación al Estado sino a la Parte en conflicto que violase las disposiciones de los Convenios o de este Protocolo<sup>14</sup> en modo coherente con el ámbito de aplicación de sus normas<sup>15</sup>. Esto es, que no sólo el Estado sería responsable si sus fuerzas armadas -o fuerzas bajo su dirección o control<sup>16</sup>- cometiesen crímenes de guerra, sino que también lo sería una Organización Internacional cuando en una Operación decidida por la Organización y puesta bajo su mando elementos de las fuerzas que la integrasen incurriesen en violaciones graves del derecho internacional humanitario<sup>17</sup>. Por cierto, si se entendiese que los grupos armados como tales tienen el carácter de parte en un conflicto armado con subjetividad internacional la conclusión sería que -al igual que los Estados o las Organizaciones internacionales- podrían comprometer su responsabilidad si sus fuerzas incurriesen en hechos internacionalmente ilícitos del derecho internacional humanitario. En ese sentido ha de tenerse presente la situación peculiar de los pueblos que luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera puesto que su subjetividad internacional es transitoria ya que al cesar las hostilidades será el Estado de reciente independencia que surja de esa lucha quien será el nuevo sujeto de la comunidad internacional por lo que el comportamiento del movimiento se considerará hecho del nuevo Estado<sup>18</sup>.

---

que también el esfuerzo realizado para lograr la victoria; en el acuerdo de Potsdam, 2-VIII-1945, se estableció la reparación en especie pero en razón del monto y del estado de las economías de los países vencidos, ulteriormente, se negociaron y acordaron reducciones, quitas y renunciaciones. En el Tratado de Paz con Italia de 1947, arts. 75 y 78, se previó la restitución por este país de los bienes de personas físicas o morales de los que se hubiese adueñado en su territorio o en los territorios que ocupó

<sup>14</sup> Protocolo Adicional I, art. 91.

<sup>15</sup> *Ibid.*, art. 1.

<sup>16</sup> Doc. A/56/83, *op.cit.* nota 1, art. 8; Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (en adelante T.P.I.Y.), *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-A, *Judgment*, 15-VII-1999, paras. 117, 121 y 122.

<sup>17</sup> Tal el caso de las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas cuando actúan directamente bajo su mando.

<sup>18</sup> Doc. A/56/83,, *op.cit.* nota 1, art. 10.

*b. La responsabilidad del individuo*

El Tratado de Paz de Versalles, concluido con Alemania en 1919, no se ocupaba sólo de la responsabilidad civil del Estado ya que contenía una Parte VII en la que se contemplaban sanciones, ahora de naturaleza penal, que correspondería imponer a individuos. La obligación de no cometer, ordenar cometer o de algún modo ayudar a la comisión de actos contrarios a las leyes y usos de la guerra recaía, entonces, también sobre las personas físicas.

El antecedente de esta responsabilidad penal individual cabe encontrarlo en los ámbitos internos en los que se había afirmado que el conflicto armado no podía constituir una justificación para la realización de actos aberrantes que no habrían sido tolerados en tiempo de paz<sup>19</sup>. De las jurisdicciones domésticas la figura de los crímenes de guerra -las infracciones graves del derecho internacional humanitario- pasa al ordenamiento internacional<sup>20</sup>. Así, en el ya mencionado Tratado de Paz se establecía en el artículo 227 que el Kaiser Guillermo II Hohenzollern, ex emperador del Reich y Rey de Prusia, sería juzgado por un tribunal internacional como “culpable de ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados”. En los arts. 228 a 230 de ese instrumento jurídico se instituía, a más, la obligación de Alemania de entregar a los Aliados para ser juzgados por los tribunales militares de las Potencias interesadas a “las personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y usos de la guerra”. Sin embargo, Holanda había concedido asilo político perpetuo a Guillermo II por lo que rechazó formalmente la demanda de extradición presentada por los Aliados<sup>21</sup>. La República de Weimar, con el

---

<sup>19</sup> Un antecedente es el denominado *Código Lieber*, sancionado por el Presidente Lincoln de los Estados Unidos en 1863.

<sup>20</sup> Dinstein, Y. y Tabory, M. (ed.), *War Crimes in International Law*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1996; Cassese, A., Acquaviva, G., Fan, M., Whiting, A., *International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011

<sup>21</sup> *Commission on the Responsibility of the Authors of the War and Enforcement of Penalties*, informe presentado a la Conferencia Preliminar de Paz, Versalles, 29-III.1919, reimpresso en *A.J.I.L.*, 1920

objeto de evitar ese tipo de demandas, promulgó el 13 de diciembre de 1919 una ley sobre el castigo de los criminales y de los crímenes de guerra y obtuvo el consentimiento de dichos Estados para que los acusados fueran juzgados por un Tribunal alemán en Leipzig, el que actuó hasta diciembre de 1922. Durante la Segunda Guerra Mundial, el 13 de enero de 1942, en Londres, los Gobiernos en el exilio adoptaron la Declaración de los Países Aliados Ocupados por Alemania<sup>22</sup> en la que recordaban que el derecho internacional, en particular la Convención de La Haya de 1907 sobre la guerra terrestre, prohíbe a las partes beligerantes cometer actos de violencia en los países ocupados contra la población civil y hacían saber que uno de los objetivos básicos de la guerra era castigar por vías de una administración de justicia organizada a los culpables de crímenes y a los que fuesen responsables por ellos, independientemente de que dichos crímenes hubiesen sido cometidos por orden superior, por ellos personalmente, o con su participación en cualquier forma que fuese. El 30 de octubre de 1943, en Moscú, el Reino Unido, los Estados Unidos de América y la Unión Soviética, actuando en interés de las treinta y dos Naciones Unidas en Guerra contra el Eje, declararon que en el momento que se concediese cualquier armisticio a cualquier Gobierno que pudiese ser establecido en Alemania, aquellos oficiales y soldados alemanes y miembros del partido nazi que hubiesen sido responsables o hubiesen participado voluntariamente en las atrocidades, matanzas y ejecuciones, serían enviados a los países en los cuales habían cometido sus abominables actos, a fin de que fuesen juzgados y castigados conforme a las leyes de esos países liberados y de los Gobiernos libres que en ellos se creasen. Este texto agregaba que la Declaración no era aplicable al caso de los criminales principales, cuyos delitos no estuviesen relacionados con un punto geográficamente definido, los que habrían de ser castigados por decisión conjunta de los Gobiernos Aliados. El 8 de agosto de 1945 se adoptó en Londres el acuerdo referido al procesamiento y castigo de los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje y se aprobó el Estatuto del Tribunal Militar Internacional. En el art. 6 b) se estable-

---

<sup>22</sup> La Declaración fue suscripta por los representantes de los Gobiernos de Bélgica, Checoslovaquia, el Comité Nacional de la Francia Libre, Grecia, Holanda, Luxemburgo, Noruega, Polonia y Yugoslavia

cen como de competencia de esta instancia jurisdiccional las violaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra, disponiendo que estas violaciones comprenden, sin que la enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato y la deportación para trabajos forzados o con cualquier otro objeto de la población civil de o en territorio ocupado; el asesinato o maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar; la ejecución de rehenes; el pillaje de propiedad pública o privada; la destrucción injustificable de ciudades, pueblos o aldeas o la devastación no justificada por necesidad militar. El Tribunal, en la sentencia dictada en 1946, señaló que los crímenes contra el derecho internacional los cometen las personas y no sujetos abstractos, por lo que sólo a través del castigo de los individuos que los perpetran pueden tener aplicación los preceptos de este ordenamiento jurídico<sup>23</sup>.

La Asamblea General de la O.N.U., en la Resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, entendió que los Principios que emanan del Estatuto del Tribunal de Nüremberg y de su sentencia integran el derecho internacional.

En el Extremo Oriente también se instituyó un Tribunal Militar Internacional el 19 de enero de 1946 sobre la base de una proclamación del Comandante en Jefe de las Fuerzas Aliadas en el Lejano Oriente, Gral. Douglas Mac Arthur, de acuerdo con el entendimiento previo con China, Francia, el Reino Unido, la Unión Soviética y Estados Unidos al que adhrieron Australia, Canadá, Holanda y Nueva Zelanda y, ulteriormente, India y Filipinas. El Tribunal basó su actuación en los principios de Nüremberg y en noviembre de 1948 dictó sentencia<sup>24</sup>.

De este modo, claramente, había quedado establecido en el derecho internacional que una serie de conductas que violan principios básicos del derecho de la guerra habían adquirido el carácter de crímenes de guerra; esto es, de actos u omisiones imputables a individuos que en virtud del ordenamiento jurídico de naturaleza penal han de ser sancionados<sup>25</sup>. En

---

<sup>23</sup> Mettraux, G., *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

<sup>24</sup> Boister, N. y Cryer, R., *The Tokio International Military Tribunal – A Reappraisal*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

<sup>25</sup> Van Sliedregt, E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

1949 se adoptan en Ginebra los cuatro Convenios para la protección de las víctimas de los conflictos armados. Estos tratados, si bien no establecen actos u omisiones que tengan expresamente el carácter de crímenes, instituyen una serie de prohibiciones en situación de conflicto armado internacional cuyas violaciones tienen el carácter de infracciones del ordenamiento de tipo grave. En lo que hace a estas infracciones graves los Estados asumen el compromiso de tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que las cometan o den la orden de cometerlas, estando obligados -además- a buscar a los acusados en su territorio, juzgarlos o -si se prefiriese- entregarlos para que sean juzgados por otro Estado interesado que hubiese formulado contra ellos cargos suficientes<sup>26</sup>. Es decir, que se trata de una serie de disposiciones que tienen por objeto motivar a los Estados a que adopten en sus legislaciones disposiciones tendientes a tipificar penalmente las infracciones graves a fin de que no queden sin castigo. En 1977, al adoptarse el Protocolo Adicional I aplicable en situación de conflicto armado internacional, se establece que las infracciones graves a los Convenios constituyen crímenes de guerra, otorgándole el mismo carácter a una nueva serie de conductas prohibidas en sus normas<sup>27</sup>. Ahora bien, en lo que hace a los conflictos armados sin carácter internacional, ni el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 ni el Protocolo Adicional II de 1977, que se aplican a este tipo de conflictos, establecen expresamente la figura de crímenes de guerra imputables a individuos aún cuando sí prohíben una serie de conductas referidas tanto a la protección de las víctimas como a la conducción de las hostilidades. Sin perjuicio de ello, cuando el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, en ejercicio de las competencias que le son propias, estableció el Tribunal Penal Internacional para Ruanda le otorgó la capacidad de conocer en las violaciones a dichas prohibiciones, entendiendo que según el derecho consuetudinario también constituyen crímenes de guerra<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Convenios, I/ 49 y 50; II/ 49 y 50; III/ 119 y 120; IV/ 145 y 146

<sup>27</sup> Protocolo Adicional I, arts. 11 y 85.

<sup>28</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 955 (1994) estableciendo el Tribunal Penal Internacional para el juzgamiento de personas responsables de genocidio y de

En ese sentido ha de recordarse que en 1994, en el ámbito de las Naciones Unidas, se adoptó la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, aplicable a las personas contratadas o desplegadas por el Secretario General como componentes de una Operación de Mantenimiento de la Paz. En este tratado se establece que el personal, su equipo y sus locales no serán objeto de ataques ni de acción alguna que les impida cumplir su mandato, tipificándose una serie de conductas cuya comisión intencional ha de ser sancionada por los Estados parte ya que no pueden ser toleradas “sea quien sea que los cometa”. Por último ha de señalarse que cuando en 1998 se adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, otorgándole competencia para entender en crímenes de guerra<sup>29</sup> -en particular cuando se comentan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes- las conductas tipificadas como ilícitas pueden tener lugar tanto en vinculación con un conflicto armado internacional<sup>30</sup> como en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional<sup>31</sup>. A la luz de la evolución del derecho consuetudinario que se ha ido codificando luego de la Segunda Guerra Mundial cabría interpretar que toda violación a una prohibición del derecho internacional humanitario sea por un combatiente, sea por un civil, si es grave, ha de tener la naturaleza de un crimen de guerra y por ende ha de ser punible en virtud del derecho internacional penal<sup>32</sup>.

Ahora bien, no sólo la acción contraria a la conducta debida genera responsabilidad sino que también la omisión. Es el caso de los jefes milita-

---

otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y por nacionales ruandeses en el territorio de Estados vecinos entre el 1-I-1994 y el 31-XII-1994 (en adelante T.P.I.R.); el art. 4 le otorga competencia para conocer en las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y en el Protocolo Adicional II

<sup>29</sup> Estatuto Corte Penal Internacional (en adelante C.P.I.), art. 5 en el que se establece que la Corte tiene competencia para entender en el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión

<sup>30</sup> *Ibid.*, art. 8. 2 a) y b)

<sup>31</sup> *Ibid.*, art. 8. 2 c) y e)

<sup>32</sup> Oberg, M. D., “The absorption of grave breaches into war crimes law” en *I.R.R.C. – separata Humanitarian debate: Law, policy, action – Typology of armed conflicts*, vol. 91, N° 873, March 2009, pp. 163 y sigs.



res y otros superiores que no previenen o no reprimen la comisión de crímenes por sus subordinados no obstante ejercer sobre ellos *-de jure o de facto-* un control apropiado, debiendo saber o habiendo tenido conocimiento de sus comportamientos. En efecto, el derecho internacional humanitario impone a los superiores el deber de velar por que sus subordinados respeten este ordenamiento jurídico; es decir, no sólo instruirlos en el contenido de las normas sino -además- prevenir que las violen o, en su caso, tomar las medidas necesarias y razonables dentro del ámbito de su competencia para el castigo de quienes las infrinjan. Esta obligación, atribuible al superior en razón de su rango, en caso de incumplimiento es fuente de su responsabilidad<sup>33</sup>.

La responsabilidad de quienes ejercen el control apropiado sobre sus subordinados plantea, cual la otra cara de la misma medalla, la cuestión del contenido de las órdenes que se imparten. La alegación de que se actuó en cumplimiento de órdenes, en principio, no exime de responsabilidad penal a quien perpetró un crimen. Sin embargo, puede ser considerada como una circunstancia atenuante de la conducta<sup>34</sup> o bien como un eximente si se estuviese obligado por ley a obedecer las órdenes, no se supiese que la orden es ilícita y la orden en cuestión no fuese manifiestamente ilícita. Es decir que la ejecución de la orden plantea una elección moral en razón de la cual el subordinado, o bien sabía la ilicitud del acto, o bien debió haberlo sabido al ser manifiesta.

La responsabilidad penal, sea por actos de un individuo, sea por los de un grupo guiado por un propósito criminal común<sup>35</sup>, es, así, un principio

---

<sup>33</sup> Protocolo Adicional I, arts. 86.2 y 87; Estatuto T.P.I.Y., art. 7. 3; Estatuto T.P.I.R., art.6. 3; Estatuto C.P.I., art. 28; Bantekas,I., “The contemporary law of superior responsibility”, *A.J.I.L.*, 1999, vol. 93, pp. 573 y sigs.; Williamson, J.A., “Reflexiones acerca de la responsabilidad del mando y la responsabilidad penal”, *R.I.C.R.*, Selección de artículos 2008, pp. 147 y sigs.; Mettraux, G., *The Law of Command Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2009

<sup>34</sup> Estatuto T.P.I.Y, art. 7.4; Estatuto T.P.I.R., art. 6.4; Estatuto C.P.I. art. 33

<sup>35</sup> Estatuto T.P.I.Y, art. 7.1; Estatuto T.P.I.R., art. 6.1; Estatuto C.P.I., art. 25.3; la Corte Penal Internacional sostuvo, en un caso en que el objetivo del plan común era enrolar niños para que participasen en hostilidades, que la responsabilidad de quien comete un crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro se configura cuando hay un acuerdo o plan común entre el acusado y otro de los implicados que una vez implementado resulte en la comisión del crimen en el curso normal de los

general del derecho penal en el ámbito del derecho internacional, de fuente tanto convencional como consuetudinaria<sup>36</sup>. El conocimiento de las conductas de quienes vulneran la regla de derecho corresponde, en primer lugar, al Estado pero también pueden llegar a entender instancias internacionales, aún cuando en el caso de estas últimas, su función pueda limitarse a los principales responsables de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto -tal como ya se establecía en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg<sup>37</sup> - en tanto que los Estados podrían conocer en todo supuesto pero, cuando lo entendiesen pertinente, también podrían establecer Comisiones de Verdad y Reconciliación.

## 2. El control jurisdiccional

La certeza de que el incumplimiento de una obligación internacional genera la responsabilidad del sujeto sobre quien recaía el deber ser jurídico -con las consecuencias que acarrea esa responsabilidad- es, quizás,

---

acontecimientos; que el acusado provea una contribución esencial al plan común que resulte en la comisión del crimen; que el acusado lleve a cabo el acto o sepa que al implementar el plan común se producirán las consecuencias en el curso ordinario de los acontecimientos; que el acusado se dé cuenta que provee una contribución esencial a la implementación del plan común, y que el acusado se dé cuenta de las circunstancias de hecho que establecen la existencia de un conflicto armado y del vínculo entre esas circunstancias y su conducta, C.P.I., *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case N° ICC-01/04-01/06, *Judgment*, 14-III-2012.

<sup>36</sup> Para que se configure la responsabilidad internacional penal del individuo deben concurrir la conducta, la intención, el conocimiento de la consecuencia que se va a producir en el curso normal de los acontecimientos, el conocimiento de las circunstancias de hecho que constituyen un conflicto armado y el conocimiento del vínculo que existe entre esas circunstancias y la conducta, C.P.I., *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case N° ICC-01/04-01/06, *Judgment*, 14-III-2012.

<sup>37</sup> Conf., Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, 1; Consejo de Seguridad, Resoluciones 1503 (2003) y 1534 (2004) en relación al Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia acompañadas por una decisión del Fiscal del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de procesar a los principales responsables

uno de los medios más eficaces para intentar el respeto del ordenamiento positivo. Para que tal certeza tenga un efecto disuasivo, no sólo cabe contar con mecanismos de control que tengan una naturaleza política, incidiendo en la posibilidad de participar plenamente en la sociedad internacional, sino que a más ha de haber otros con la capacidad de ejercer una función jurisdiccional, interpretando el derecho vigente y aplicándolo a un caso en modo vinculante<sup>38</sup>.

En ese sentido, aún cuando la jurisdicción -esto es, la capacidad de decir el derecho- sea un atributo de la soberanía de los Estados, nada impide que en ejercicio del principio de igualdad jurídica acuerden instituir un tercero en quien deleguen el ejercicio de esa capacidad -con relación a las materias que entiendan procedentes y con las competencias personales, territoriales y temporales que convengan- o bien, deleguen en un tercero la capacidad de establecer una jurisdicción<sup>39</sup>.

Cabe considerar, entonces, los entes que tienen esa capacidad de juzgar y los sujetos con relación a los cuales pueden ejercerla, aún cuando se trate de un análisis sucinto y acotado al objeto del estudio que aquí se aborda puesto que un enfoque más amplio sería propio del derecho internacional penal.

#### *a. Las conductas de los Estados*

Los Estados tienen la obligación de instruir a sus fuerzas armadas en el respeto del derecho internacional humanitario, puesto que si se violasen

---

del genocidio; Estatuto C.P.I., arts. 17. 1 d) y 53. 1; véase, Johnson, I. D., "Closing an International Criminal Tribunal while maintaining International Human Rights Standards and Excluding Impunity", *A.J.I.L.*, vol. 99, 2005; Mundis, D.A., "The Judicial Effects of the Completion Strategies on the *Ad Hoc* International Criminal Tribunals", *A.J.I.L.*, vol. 99, 2005.

<sup>38</sup> La Rosa, A.-M., "Eficacia de las sanciones como medio para lograr un mayor respeto del derecho humanitario", *R.I.C.R.*, Selección de artículos 2008, pp. 103 y sigs.

<sup>39</sup> Philippe, X., "Las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario: el problema de la división de competencias entre las autoridades nacionales y entre las autoridades nacionales e internacionales", *R.I.C.R.*, Selección de artículos 2008, pp. 165 y sigs.

sus normas deberán indemnizar si fuere del caso, siendo responsables de todos los actos cometidos por sus miembros<sup>40</sup>. Esta responsabilidad puede ser objeto de análisis político en el escenario internacional pero también puede ser considerada por jurisdicciones establecidas en este ámbito. Sin embargo, en razón del principio de igualdad jurídica, la capacidad del tercero para conocer en modo vinculante ha de ser acordada; sea estableciendo comisiones de conciliación o instancias arbitrales que las más de las veces se instituyen en los Acuerdos de Paz que ponen fin al conflicto<sup>41</sup>, sea acudiendo al órgano judicial principal de las Naciones Unidas<sup>42</sup> -la Corte Internacional de Justicia- con capacidad no sólo para dirimir litigios entre Estados Miembros de la Organización sino también para dar opiniones consultivas que le requieran la Asamblea General o el Consejo de Seguridad o cualquier otro órgano de la Organización u organismo especializado que fuese autorizado para ello por la Asamblea General sobre una cuestión jurídica dentro de la esfera de su actividad. En uno y otro caso, para decidir, la Corte deberá aplicar el derecho internacional y en lo que aquí interesa el derecho internacional humanitario. En razón de tratarse de una instancia jurisdiccional institucionalizada, cabe considerar -aun cuando someramente- las características del ejercicio de

---

<sup>40</sup> Convención IV de La Haya de 1907, arts. 1 y 3; Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 91.

<sup>41</sup> En el acuerdo, entre otros puntos, las partes designan el o los árbitros, precisan la competencia que otorgan, establecen el derecho a aplicar y el carácter obligatorio del laudo; tal el caso de la Comisión de Reclamación Eritrea-Etiopía instituida en el Acuerdo de Paz del 12-XII-2000 para conocer en las reclamaciones de una y otra parte por actos consecuencia de la guerra contrarios al derecho internacional humanitario que ocasionaron perjuicios a la contraria y a sus nacionales; al respecto véase Aldrich, G. H., "The work of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2003-6, pp. 435 y sigs. donde se señala la peculiaridad de esta Comisión al tener la capacidad de juzgar sobre la responsabilidad de un Estado por violaciones a las leyes de la guerra a diferencia del cuerpo esencialmente administrativo establecido por el Consejo de Seguridad luego del conflicto Iraq-Kuwait de 1990 para compensar a las víctimas en razón de que el Organismo había establecido previamente la responsabilidad de Iraq por todos los daños que resultasen de la invasión a Kuwait.

<sup>42</sup> Corte Internacional de Justicia (en adelante C.I.J.), *Inmunidad jurisdiccional del Estado* (Alemania c. Italia, intervención de Grecia), C.I.J., *Recueil* 2012, en el que la Corte señaló que el principio de inmunidad de jurisdicción del Estado y el de

sus competencias y las interpretaciones que ha formulado en relación al derecho internacional humanitario.

i) La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia

Todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas pueden ventilar sus controversias ante la Corte Internacional de Justicia<sup>43</sup> pero para ello no basta la condición de Miembro de la Organización sino que, al tener su jurisdicción una naturaleza voluntaria, habrán de declarar expresamente que la reconocen como obligatoria; y ello, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación<sup>44</sup>. Es decir que la jurisdicción del Tribunal tiene su fuente en el acuerdo de voluntades entre Estados soberanos, el que puede reflejarse en convenios específicos para llevar a su conocimiento un determinado asunto, en tratados en los que las Partes pacten anticipadamente concurrir ante la Corte -en forma unilateral o de común acuerdo- por las diferencias que pudiesen surgir entre ellas con motivo de la interpretación o aplicación del tratado en cuestión, o bien por la cláusula opcional; esto es, por declaraciones unilaterales -que pueden ser incondicionales, bajo condición de reciprocidad o por determinado tiempo- que concuerden en su alcance con declaraciones formuladas por otro u otros Estados con quienes se suscite un diferendo.

Habilitada su jurisdicción, la Corte goza de competencia para conocer en litigios de orden jurídico que le lleven los Estados, siendo su función decidir aplicando el derecho internacional<sup>45</sup>; es decir, en lo que aquí interesa, en particular el derecho internacional humanitario. Así, a lo largo de

---

inmunidad de ejecución ante los tribunales de otro Estado derivan del principio de igualdad soberana y no se modifican en función de la naturaleza del acto sustento de la reclamación sin que ello implique abrir juicio sobre su legalidad o ilegalidad; en la especie se trataba de reclamaciones basadas en violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por el Reich Alemán entre 1943 y 1945, paras. 57, 60, 97.

<sup>43</sup> Carta de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante O.N.U.), art. 93, Estatuto C.I.J., art. 34.

<sup>44</sup> Estatuto C.I.J., art. 36; C.I.J., caso de *Ciertas tierras de fosfatos en Nauru*, (Nauru v. Australia), objeciones preliminares, C.I.J., *Reports 1992*, para. 53, en el que el Tribunal recordó el principio fundamental según el cual ningún Estado puede estar sujeto a su jurisdicción sin su consentimiento

<sup>45</sup> *Ibid.*, art. 38.

los años, ha tenido ocasión de pronunciarse en relación a la naturaleza, sentido y alcance de disposiciones de este ordenamiento jurídico. En el primer caso en el que dictó sentencia, el caso del *Estrecho de Corfú* entre el Reino Unido y Albania, en relación con la obligación de Albania de hacer conocer la existencia de minas en el Estrecho, la Corte expresó que estas obligaciones están basadas no ya en la Convención VIII de La Haya de 1907 que es aplicable en tiempo de guerra<sup>46</sup>, sino en ciertos principios generales y bien reconocidos, tales como las consideraciones elementales de humanidad, más absolutas aún en tiempo de paz que en tiempo de guerra<sup>47</sup>, otorgando un amplio alcance al sentimiento de humanidad que se había incluido por primera vez en un instrumento del derecho internacional humanitario -la Declaración de San Petersburgo de 1868- que se había adoptado con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra.

La falta de respeto a elementales consideraciones de humanidad fue nuevamente señalada por la Corte en el caso sobre la *Inmunidad jurisdiccional del Estado*, incoado por Alemania contra Italia con intervención de Grecia, al referirse a actos perpetrados por las fuerzas armadas de Alemania y otros órganos del Reich Alemán durante la Segunda Guerra Mundial, provocando inenarrables sufrimientos en hombres y mujeres italianos. El Tribunal expresó considerar que no tenía dudas de que tales conductas comportaban serias violaciones al derecho internacional de los conflictos armados aplicable entre 1943 y 1945, tomando en cuenta -para así opinar- el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, cuyos principios fueron confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 95 (I)<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Convención relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto, La Haya, 18-X-1907.

<sup>47</sup> C.I.J., caso del *Estrecho de Corfú*, (Reino Unido c. Albania) fondo, *Recueil 1949*, pág. 22, para. 215.

<sup>48</sup> C.I.J., caso de la *Inmunidad jurisdiccional del Estado* (Alemania c. Italia, intervención de Grecia), C.I.J., *Recueil 2012*, para. 52, con cita de lo ya sostenido en idéntico sentido en los casos del *Estrecho de Corfú*, (Reino Unido c. Albania) fondo, *Recueil 1949*, pág. 22, para. 215 y de *las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, (Nicaragua c. Estados Unidos), fondo, *Recueil*, 1986, p. 112

En el caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Company*, segunda fase, iniciado por Bélgica contra España, el Tribunal verificó la existencia en el derecho internacional contemporáneo de obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto -obligaciones *erga omnes*-, precisando que estas obligaciones emergen, por ejemplo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, así como también de los principios y reglas que amparan derechos fundamentales de la persona humana, tales como la esclavitud o la discriminación racial. En ese sentido, distinguió entre las obligaciones de los Estados con la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen con respecto a otro Estado y agregó que por su misma naturaleza las primeras conciernen a todos los Estados por lo que, dada la importancia de los derechos en juego, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos, constituyendo obligaciones *erga omnes*<sup>49</sup>. Esta jurisprudencia se reiteró en el caso iniciado por Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia por la *Aplicación de la Convención sobre la prevención y la represión del crimen de genocidio*<sup>50</sup> e influyó directamente en el criterio seguido por el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia<sup>51</sup>.

En el caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*<sup>52</sup>, llevado a conocimiento de la Corte por Nicaragua demandando a Estados Unidos, el Tribunal volvió sobre ese enfoque al entender que los Convenios de Ginebra de 1949 sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados -por el hecho de su aceptación gene-

---

<sup>49</sup> C.I.J., caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Company*, segunda fase, (Bélgica c. España), C.I.J., *Recueil*, 1970.

<sup>50</sup> C.I.J., caso de la *Aplicación de la Convención sobre la prevención y la represión del crimen de genocidio* (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), objeciones preliminares, *Recueil*, 1996.

<sup>51</sup> T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al*, Case N° IT-95-16-T, *Judgment*, 14-I-2000, en el que se señaló la naturaleza de las normas de derecho internacional humanitario cuyas reglas no se basan en la reciprocidad sino que comportan obligaciones *erga omnes*.

<sup>52</sup> C.I.J., caso de *las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, (Nicaragua c. Estados Unidos), excepciones, *Recueil* 1984, y fondo, *Recueil*, 1986, para. 242-243.

realizada- tienen a más de una naturaleza convencional el carácter de derecho consuetudinario y son la expresión concreta de los principios generales del derecho humanitario oponibles *erga omnes* y aplicables en toda situación de conflicto armado. En ese mismo caso y en lo que se refiere al principio de imparcialidad conforme al cual la ayuda humanitaria ha de prestarse de forma no discriminatoria, recordó que la asistencia humanitaria debe limitarse a los fines consagrados por la práctica de la Cruz Roja para no tener el carácter de una intervención condenable en los asuntos internos de otro Estado; esto es, prevenir y aliviar los sufrimientos de los hombres y proteger la vida y la salud, pero -sobre todo- prodigarse sin discriminación a todos los que la necesitan. También en la sentencia en este litigio la Corte tuvo oportunidad de volver sobre las consideraciones elementales de humanidad a las que se había referido en el caso del *Estrecho de Corfu*, precisando que el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 si bien enuncia reglas que deben ser aplicadas en los conflictos armados sin carácter internacional no cabe duda de que también son pertinentes en caso de conflictos armados internacionales puesto que ellas constituyen ese mínimo de humanidad, reflejando el derecho internacional consuetudinario del que no deben alejarse las partes en cualquier tipo de conflicto<sup>53</sup>. Sin embargo, sostuvo que para atribuir el accionar de un grupo a un Estado, éste debía ejercer un control puntual -operativo y no global- que a los efectos jurídicos lo equiparase con un órgano de gobierno<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, paras. 218 y 219; criterio, éste, retomado por el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia al decidir que las disposiciones del artículo 3 común son aplicables a todos los conflictos armados, T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N\* IT-94-1-T, *Judgment*, 7-V-1997, para. 562.

<sup>54</sup> *Ibid.*, paras. 109 y 115; criterio que no concuerda con el sostenido por el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia en el caso precedentemente citado -en decisión en apelación del 15-VII-1999, para. 145- pero que sin embargo es reiterado en el caso sobre la *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio* en el que se desestimó la demanda de Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro por entenderse, entre otras razones, que para atribuir a la accionada el genocidio en Srebrenica hubiera sido necesario que impartiese instrucciones a quienes lo ejecutaron o que éstos hubiesen actuado bajo su dirección y control, C.I.J., *Recueil* 2007, fondo, paras.396-424.



El respeto de los criterios de necesidad y proporcionalidad en relación con el objetivo contra el cual se emplee la fuerza armada, aún en caso de alegarse legítima defensa, fueron motivo de consideración en el caso de las *Plataformas Petroleras* en el que la República Islámica de Irán había demandado a los Estados Unidos de América por el ataque y destrucción por buques de guerra de este país de tres plataformas en el mar, operadas por la Compañía Nacional de Petróleo de Irán<sup>55</sup>.

En el caso iniciado por la República Democrática del Congo contra Uganda, por acciones militares y paramilitares que comportaban la ocupación de partes de su territorio, la Corte reiteró el criterio conforme al cual cabe distinguir entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario puesto que pueden llegar a presentarse tres situaciones; esto es, que algunos derechos se refieran al derecho internacional humanitario; otros, sólo al derecho de los derechos humanos; y otros, a ambas ramas del derecho internacional por lo que en la especie debía referirse como *lex specialis* al derecho internacional humanitario. En ese sentido, y en lo que hace a las disposiciones de los artículos 42 y 43 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre Anexo a la Convención IV de la La Haya de 1907, entendió que también son obligatorias como derecho consuetudinario. De este modo, la aplicación en el litigio de las normas que definen jurídicamente la ocupación de un territorio y establecen el momento a partir del cual regulan el ejercicio de la autoridad militar sobre él, fundaron la decisión del Tribunal en lo que hace a la situación originada en la creación por un General de la demandada de una provincia en territorio de la accionante. La Corte señaló en la sentencia que la responsabilidad del Estado se compromete tanto por la acción de sus fuerzas armadas que violen disposiciones del derecho internacional humanitario como por la omisión de cumplir con el deber de vigilancia que impone prevenir violaciones por parte de otros actores que se encontrasen presentes en el territorio<sup>56</sup>. El Tribunal agregó que los actos y omisiones de los oficiales y soldados de las fuerzas armadas de Uganda le son atribuibles puesto que se trata de la

---

<sup>55</sup> C.I.J., caso de las *Plataformas Petroleras* (República Islámica de Irán c. Estados Unidos), *Recueil 2003*, paras.73-77.

<sup>56</sup> C.I.J., caso de las *Actividades Militares en el Territorio del Congo* (República Democrática del Congo c. Uganda), *Recueil 2005*, paras. 166-180, 216-220.

conducta de un órgano del Estado y ello es así aún cuando hubiesen actuado en contra, o excediendo, las instrucciones que hubiesen sido impartidas. Una vez más fundó su decisión en lo establecido en la Convención IV de la La Haya de 1907 al reiterar que el artículo 3, en el que se dispone la responsabilidad de una parte en el conflicto por todos los actos cometidos por las personas que integren sus fuerzas armadas, refleja una norma consuetudinaria también contenida en el artículo 91 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, afirmando la responsabilidad del Estado ocupante que no toma las adecuadas medidas para impedir que se lleven a cabo actos de pillaje ya que sólo es un administrador y usufructuario de edificios públicos, inmuebles, bosques, explotaciones agrícolas y todo recurso natural<sup>57</sup>.

En ese sentido, en el caso sobre la *Inmunidad jurisdiccional del Estado*, incoado por Alemania contra Italia con intervención de Grecia, al que se ha hecho referencia precedentemente, se preocupó en señalar la distinción en el ámbito del derecho internacional de acciones en procedimientos civiles, basadas en la responsabilidad del Estado, de procedimientos penales fundados en la responsabilidad del individuo<sup>58</sup>.

La aplicación por la Corte de normas del derecho internacional humanitario no se limita a litigios que llevan a su conocimiento los Estados, sino que también se verifica cuando ejerce la otra competencia que le ha sido atribuida por los Estados en la Carta de las Naciones Unidas; esto es, la competencia consultiva.

## ii) La competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia

La Corte Internacional de Justicia goza de competencia para emitir opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica que le solicite la

---

<sup>57</sup> *ibid.*, paras. 225-221 y 245-248; en la especie se concluyó que los actos invocados violaron los arts. 25, 27, 28, 43 y 47 del Reglamento Anexo a la Convención IV de la Haya de 1907 así como los arts. 27, 32, 33 y 53 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 del que actora y demandada son Estados parte y los arts. 48, 51, 52, 58 y 75.1 y 2 del Protocolo Adicional I; en el caso se trató de la explotación de minas de diamante y oro en el territorio de la demandante.

<sup>58</sup> C.I.J., caso de la *Inmunidad jurisdiccional del Estado* (Alemania c. Italia, intervención de Grecia), C.I.J., *Recueil* 2012, para. 87.

Asamblea General o el Consejo de Seguridad u otros órganos de las Naciones Unidas u organismos especializados que fuesen autorizados para ello por la Asamblea General cuando se trate de cuestiones de la misma naturaleza que surjan dentro de la esfera de sus actividades<sup>59</sup>.

Al igual que cuando decide en casos contenciosos, las opiniones del Tribunal se fundan en derecho internacional y también, al igual que en los procesos entre Estados, en sus respuestas ha tenido oportunidad de referirse al derecho internacional humanitario. Cabe señalar que si bien sus opiniones no tienen el efecto vinculante de sus decisiones merecen especial consideración en virtud del órgano del que emanan y de las particulares cualidades de los jueces que lo integran.

Tal el caso de la opinión solicitada por la Asamblea General en 1994 sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares* en la que la Corte distinguió entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, señalando que el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida también es pertinente en situación de hostilidades pero que para determinar qué es una arbitraria privación ha de estarse al derecho aplicable en los conflictos armados, cuyo objeto es regular la conducción de las hostilidades, en tanto que *lex specialis*. En ese sentido también señaló que el derecho de La Haya y el derecho de Ginebra, aplicables en los conflictos armados, han desarrollado vínculos tan estrechos que se considera que, en forma gradual, han formado un único sistema complejo, llamado derecho internacional humanitario, agregando que las disposiciones de los Protocolos Adicionales de 1977 expresan y dan prueba de la unidad y la complejidad de ese derecho. El Tribunal, asimismo, puso de relieve que el principio de distinción entre civiles y combatientes, conjuntamente con el de no producir males superfluos o sufrimientos innecesarios, son los principios cardinales de este ordenamiento jurídico y tienen el carácter de principios de derecho consuetudinario. Sin embargo, por unanimidad, en el punto D de la respuesta al pedido de la Asamblea General, expresó que la amenaza o el uso de este tipo de armas debería ser compatible con los requerimientos del derecho internacional aplicable en conflicto armado; particularmente, con los principios y reglas del derecho internacional humanitario, agre-

---

<sup>59</sup> Carta O.N.U., art. 96; Estatuto C.I.J., art. 63.

gando en el punto E, por 7 votos contra 7 decidiendo el voto del Presidente, que de ello se sigue que la amenaza o el uso de armas nucleares no podría ser contrario a las reglas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados y en particular a los principios y reglas del derecho internacional humanitario. Pero, agregó la Corte que, a la luz del estado del derecho internacional al momento de emitir la opinión y teniendo en cuenta los elementos de hecho a su disposición, había llegado a la conclusión de que no podría entender en modo definitivo que tal uso en una circunstancia extrema de legítima defensa en la que la supervivencia del Estado estuviese en juego fuese legal o ilegal<sup>60</sup>. Esta opinión suscitó reacciones contrapuestas en la doctrina pero parecería concordar con el pensamiento de los Estados que participaron de la negociación y la adopción del texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional puesto que si bien en este tratado se hace referencia al uso de métodos y medios de guerra que por su propia naturaleza causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, se dispone que tal empleo sólo será un crimen de guerra de la competencia de este Tribunal cuando tales métodos y medios sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del Estatuto<sup>61</sup>.

La Asamblea General una vez más pidió una opinión a la Corte vinculada, entre otros aspectos, al derecho internacional humanitario. La pregunta versaba sobre las *Consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*<sup>62</sup>. En la respuesta, en relación con la distinción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, el Tribunal afirmó la existencia de tres situaciones posibles; esto es, que algunos derechos pueden sólo referirse al derecho internacional humanitario; otros, sólo al derecho de los derechos humanos; y otros, a ambas ramas del derecho internacio-

---

<sup>60</sup> Opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares*, C.I.J., *Recueil 1996*; en particular, paras. 25-26 y 74-87.

<sup>61</sup> Estatuto C.P.I., art. 8. 2 b) xx) no obstante lo dispuesto en el Protocolo Adicional I, art. 85. 3 b) que instituye como crimen de guerra lanzar ataques indiscriminados a sabiendas de que se causarán muertos o heridos entre los civiles y daños a los bienes civiles excesivos en relación a la ventaja militar.

<sup>62</sup> Resolución ES-10/14, 8-XII-2003.

nal por lo que para responder a la pregunta que se le formulaba había de referirse al derecho de los derechos humanos y como *lex specialis* al derecho internacional humanitario. En ese sentido, en razón de los hechos que se sucedieron desde el fin de la Primera Guerra Mundial, llegó a la conclusión de que Israel tiene el carácter de Potencia ocupante con el alcance que le otorga a este estatuto jurídico el derecho internacional humanitario<sup>63</sup>. Así, señaló la pertinencia en la especie de la aplicación de las disposiciones de la Convención IV de La Haya de 1907, que tienen el carácter de derecho consuetudinario, y a las que se remite, complementándolas, el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra<sup>64</sup>. Al respecto la Corte retomó lo expresado por el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg en el sentido de que las normas enunciadas en la Convención IV de 1907 y en su Reglamento Anexo contaban con el reconocimiento de las naciones civilizadas y eran consideradas declarativas de las leyes y usos de la guerra y, por ende, comportaban los derechos y deberes de las partes beligerantes en sus operaciones militares. Asimismo, recordó el carácter de Parte al Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 de la Potencia ocupante, expresando que el artículo 2 de dicho tratado, en el primer párrafo, establece dos condiciones para la aplicación de sus disposiciones en un territorio ocupado. La primera, la existencia de un conflicto armado, y la segunda, que surja entre dos Altas Partes contratantes aunque una de ellas no lo reconozca. El segundo párrafo de esta norma -a juicio de la Corte- limita el ámbito de aplicación de este tratado sino que precisa que sus disposiciones corresponden aun cuando la ocupación no hubiese encontrado resistencia militar ya que el objeto y fin del Convenio es proteger a los civiles que se encuentren, por cualquier causa que fuese, en manos de la Potencia ocupante, realizando un equilibrio entre los intereses de la población local y la seguridad del ejército de ocupación. En virtud de la aplicación del derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario se llega a la conclusión de que la construcción condujo a la destrucción o la requisita de propiedad, en contra de lo dispuesto en los

---

<sup>63</sup> Opinión consultiva sobre las *Consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, C.I.J., *Recueil 2004*, paras. 70-78, 101, 106

<sup>64</sup> Convenio IV/154; *ibid.*, paras. 89-101.

arts. 46 y 52 del Reglamento Anexo a la Convención IV de La Haya de 1907 y en el art. 53 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, así como también a cambios demográficos en contra de lo dispuesto en el art. 49, sexto párrafo, de este Convenio. La Corte agregó que en la especie no se dio la excepción de absoluta necesidad a causa de operaciones bélicas que contempla el art. 53 del mismo cuerpo de normas<sup>65</sup>.

### *b. Las conductas de los individuos*

El Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, en la sentencia dictada en noviembre de 1946, expresó que los crímenes contra el derecho internacional los cometen los hombres y no entidades abstractas por lo que sólo sancionando a los individuos es posible hacer cumplir el derecho internacional<sup>66</sup>. Esta capacidad de conocer con relación a las conductas de las personas físicas, independientemente de la posición en la que se encuentren, ha de ser que la ejerzan los Estados pero también es posible que la deleguen en instancias internacionales o en tribunales internos internacionalizados<sup>67</sup>. Cabe ver, entonces, cada una de estas alternativas, considerando -cuando corresponda- la institución de Comisiones de la Verdad y la Reconciliación en las que las víctimas puedan tener cabida y encontrar respuestas<sup>68</sup>. Se trata, en substancia, de analizar vías en que la

---

<sup>65</sup> *Ibid.*, paras. 107-112, 123-137.

<sup>66</sup> Judgment of the International Military Tribunal, Trial of the Major War Criminals, 1947, *Official Documents*, vol. 1, p. 222-223; Mettraux, G. (ed.), *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

<sup>67</sup> Cassese, A., Acquaviva, G., Fan, M., Whiting, A., *International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011; de la autora, "The relationship between International humanitarian law and the international criminal tribunals", en *I.R.R.C. – separata Humanitarian debate: Law, policy, action – International criminal tribunals*, vol. 88, N° 861, March 2006, pp. 65 y sigs.

<sup>68</sup> Elster, J., *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; Chetail, V. (ed.), *Peacebuilding and Post-conflict Reconstruction: A Practical and Bilingual Lexicon*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; las Comisiones de la Verdad comportan un proceso de tipo

justicia transicional pueda intentar llevarse a cabo luego de conflictos armados, sean éstos internacionales -como lo fue la Segunda Guerra Mundial- sean internos -persiguiendo la transición de autoritarismos a democracias-, todo ello con el objeto no sólo de sancionar violaciones sino que, con un alcance más amplio, al determinar responsabilidades y penar culpables, identificar necesidades y demandas de las víctimas y contribuir a reconstruir el tejido social sobre la base de una historia común<sup>69</sup>.

*i) El juzgamiento por los Estados*

Los Convenios de Ginebra de 1949, en lo que hace a los conflictos armados internacionales, disponen que los Estados tienen la obligación de buscar a la persona acusada de haber cometido u ordenado cometer una cualquiera de las infracciones graves que pudiese estar en territorios bajo su jurisdicción y, encontrada, hacerla comparecer ante los propios tribunales<sup>70</sup> sea cual fuere su nacionalidad o, si lo prefiriesen, entregarla para que sea juzgada por otro Estado que haya formulado contra ella cargos suficientes. Esto es, que la capacidad de juzgar va a ser ejercida según el principio de jurisdicción penal universal en virtud del cual el nexo entre el Estado y la conducta punible no está dado por los criterios territoriales o de nacionalidad que se suelen seguir -según se determine en cada ámbito interno- sino por la naturaleza de crimen de guerra de la conducta<sup>71</sup>.

Esta obligación de juzgar o dar a juzgar también podría ejercerse con relación a los crímenes de guerra tipificados en el Protocolo Adicio-

---

reparador en el que si bien se busca establecer hechos, a diferencia de un proceso en justicia, se toma en cuenta el contexto histórico, político, económico y social en el que se produjeron, posibilitando presentaciones de víctimas y aún su confronte con acusados y, eventualmente, dando lugar a recabar pruebas para una instancia jurisdiccional.

<sup>69</sup> Véase Informe del Secretario General *Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies*, S/2004/ 616, 23-VIII-2004

<sup>70</sup> El Estado ha de adoptar normas internas de implementación, estableciendo el órgano que juzgará respetando los derechos del acusado y las garantías del debido proceso -tribunal militar, ordinario o extraordinario- el procedimiento a seguir -con derecho a apelación- y la sanción que corresponderá según criterios propios de graduación de la pena, la que -sin embargo- no podrá incluir la pena de muerte

<sup>71</sup> Convenios, I/49, II/50, III/129, IV/146

nal I de 1977 puesto que en este tratado se establece que las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones graves son aplicables a las infracciones graves allí instituidas. Es decir que el Estado no estaría obligado por esta norma pero si decidiese ejercer su jurisdicción obraría conforme a derecho<sup>72</sup>. Ahora bien, si el Estado decidiese conocer sería deseable que lo hiciese sin demora puesto que la certeza del proceso -llevado adelante con todas las garantías legales<sup>73</sup> - y la imposición de la pena incidirían positivamente en la prevención de una reiteración de las conductas ilícitas ya que operaría como un recordatorio de las normas no sólo para quien fuese condenado sino para la sociedad toda. Por otra parte, las sanciones que se hubiesen establecido deberían tener la suficiente flexibilidad en modo a posibilitar que un juez tomase en cuenta el papel del acusado en el hecho<sup>74</sup>. El Estado, al instrumentar en su ámbito interno esta obligación internacional, sería deseable que también incluyese la consideración de las víctimas y las eventuales formas de reparación que, por cierto, no deberían limitarse a indemnizaciones sino que habrían de tomar en cuenta los distintos tipos de violaciones del derecho internacional humanitario y, por ende, los perjuicios acarreados<sup>75</sup>.

La responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de guerra alcanza a todos -militares y civiles- que hubiesen incurrido en infracciones graves del derecho internacional humanitario. Por ende, el Estado también está habilitado a ejercer su jurisdicción cuando los acusados integrasen el componente militar de una Operación de Paz de las

---

<sup>72</sup> Protocolo Adicional I/85.1.

<sup>73</sup> Convenios, artículo 3 común, Protocolo Adicional I/75.

<sup>74</sup> Estas pautas podrían ser aplicables tanto si se tratase de un tribunal militar, como sería del caso para un prisionero de guerra conforme al Convenio III/84, 102, o de un tribunal civil en el supuesto de la población civil en territorio ocupado según lo dispone el Convenio IV/64 y aún cuando el Estado ejerciese su jurisdicción en relación al comportamiento de sus Fuerzas Armadas; en lo que hace a las penas, se ha sentado el criterio de penas más duras para los superiores; inclusive, en función de su obligación de prevenir el crimen o castigar al culpable, T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case N° IT-95-14-T, *Judgment*, 3-III-2000, para. 789.

<sup>75</sup> Resolución de la Asamblea General de la O.N.U. A/ 60/147 "Principios básicos y guías sobre el derecho al remedio y reparación para las víctimas de graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario".



Naciones Unidas en virtud del acuerdo entre el Estado contribuyente al que pertenecen y la Organización; aún cuando en este supuesto la práctica indica que la jurisdicción de su Estado es excluyente de cualquier otra<sup>76</sup>.

Cabe señalar que, sin perjuicio de la obligación internacionalmente asumida de juzgar o dar a juzgar a las personas acusadas de haber cometido un crimen de guerra, bajo ciertas circunstancias, podría ser del caso que luego de la cesación de las hostilidades se entendiese pertinente instituir Comisiones de Verdad y Reconciliación<sup>77</sup>. Proceso en derecho y mecanismos de reconciliación pueden, bien, ser complementarios en la búsqueda de estabilidad y democratización. Una combinación de perdón y castigo podría contribuir a restaurar la dignidad de las víctimas al ofrecer un marco a la reparación, las disculpas públicas<sup>78</sup> y la construcción

---

<sup>76</sup> Boletín del Secretario General, “Observancia por las fuerzas de las Naciones Unidas del derecho internacional humanitario”, ST/SGB/1999/13; Okimoto, K., “Violations of international humanitarian law by United Nations forces and their legal consequences”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 6 - 2003, pp. 199 y sigs.

<sup>77</sup> Tal fue el caso de la Comisión Sudafricana de Verdad y Reconciliación o de la Comisión de la Verdad instituida por ley en Brasil en 2011, que actúa desde mayo de 2012, pero sin la capacidad de llevar casos a la justicia puesto que debe respetar la ley de amnistía de 1979; Dugard, J., “South Africa’s Truth and Reconciliation Process and International Humanitarian Law”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999-2, pp.254 y sigs.; Borain, A., *A Country Unmasked, Inside South Africa’s Truth and Reconciliation Commission*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Protocolo Adicional II, art. 6.5, en el que se establece que, a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

<sup>78</sup> La República Federal de Alemania, a partir de 1952, decidió otorgar indemnizaciones a título de reparación a los sobrevivientes de los campos de concentración Nazis; Tony Blair se disculpó por la responsabilidad británica en la hambruna en Irlanda en el siglo XIX y Jacques Chirac por la de Francia en la deportación de judíos, entre otros ejemplos citados en Hazan, P., “Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating transitional justice”, en *I.R.R.C. – separata Humanitarian debate: Law, policy, action – International criminal tribunals*, vol. 88, N° 861, March 2006, p. 24; La Rosa, A.-M., , “Eficacia de las sanciones como medio para lograr un mayor respeto del derecho humanitario”, *R.I.C.R.*, Selección de articu-

de una visión compartida de la historia reciente<sup>79</sup> en un proceso en el que antiguos enemigos lograsen coexistir sin recurrir a la violencia.

*ii) El juzgamiento por tribunales internacionales*

Los Estados, inherente a su condición de tales, gozan de la capacidad de juzgar a quienes se acusase de incurrir en conductas contrarias a lo dispuesto en la regla de derecho. Por ende, han de ser las instancias primeras en el conocimiento de crímenes de guerra. Sin embargo, pueden no estar en condiciones de llevar adelante procesos por lo que instancias internacionales son las llamadas a administrar justicia. Estas instancias internacionales se han instituido por decisión del Consejo de Seguridad de la O.N.U. en ejercicio de su función primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, con el carácter de medidas que no implican el uso de la fuerza armada<sup>80</sup>, constituyendo organismos subsidiarios del órgano<sup>81</sup>. Tal el caso de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex – Yugoslavia<sup>82</sup> y para Ruanda<sup>83</sup>. Pueden crearse, también, por acuerdo entre Estados como lo fueron al término de la Segunda Guerra

---

los 2008, pp. 103 y sigs.; en el mismo volumen, Tanner, S., “Crímenes masivos en ex Yugoslavia: participación, sanción y prevención?”, pp.131 y sigs. y Rauschenbach, M. y Scalia, D., “Víctimas y justicia penal internacional: una cuestión controvertida”, pp. 177 y sigs.

<sup>79</sup> Sémelin, J., *Purifier et détruire: Usages politiques des massacres et génocides*, Paris, Edition du Seuil, 2005.

<sup>80</sup> Carta O.N.U., art. 41.

<sup>81</sup> *Ibid.*, art. 29.

<sup>82</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 808 (1993); Swart, B., Zahar, A. y Sluiter, G. (eds.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

<sup>83</sup> *Ibid.*, Resolución 955 (1994); Cissé, C., “The End of Culture of Impunity in Rwanda? Prosecution of Genocide and War Crimes before Rwandan Courts and the International Criminal Tribunal for Rwanda”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998-1, pp. 161 y sigs.; Mibenge, C., “Enforcing International humanitarian law at the national level: the Gacaca jurisdictions of Rwanda”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2004-7, pp. 410 y sigs.; Bornkamm, P. Ch., *Rwanda’s Gacaca Courts – Between Retribution and Reparation*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Mundial los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg<sup>84</sup> y de Tokio o, más recientemente, la Corte Penal Internacional. En ambos supuestos se persigue la prevención en la reiteración de tales conductas y, en cuanto fuese posible, contribuir a restaurar heridas y reconstruir lazos en sociedades dañadas por los conflictos<sup>85</sup>. Los Tribunales *ad hoc* establecidos por el Consejo de Seguridad, el primero cuando el conflicto armado aún se desarrollaba en lo que había sido el territorio de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y el segundo por solicitud de Ruanda<sup>86</sup>, tienen una jurisdicción obligatoria, concurrente con la de los Tribunales nacionales pero que prevalece sobre éstas<sup>87</sup>. Ambos son competentes para enjuiciar a individuos presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. En el caso del Tribunal para la ex – Yugoslavia, entiende en las cometidas en este territorio desde 1991, conociendo en violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, violaciones a las leyes o usos de la guerra, crimen de genocidio y crímenes de lesa humanidad. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda goza de la capacidad de juzgar a presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de Ruanda y por nacionales de Ruanda en el territorio de Estados vecinos

---

<sup>84</sup> Heller, K.J., *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

<sup>85</sup> Meron, Th., *The Making of International Criminal Justice – The View from the Bench: Selected Speeches*, Oxford, Oxford University Press, 2011; Darcy, S. y Powderly, J., (ed.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2010, entre otros.

<sup>86</sup> Nota del 28-IX-1994 en la que el Representante Permanente de Naciones Unidas en Ruanda hace saber al Presidente del Consejo de Seguridad la solicitud de asistencia internacional del gobierno de Ruanda para investigar, juzgar y sancionar a los responsables del genocidio, S/1994/1115.

<sup>87</sup> Dusko Tadic, el primer acusado sometido a juicio ante el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia, a solicitud de este Tribunal, fue transferido desde Alemania donde estaba siendo juzgado; a su turno, conforme a la Regla 11 bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba, el Tribunal internacional puede enviar un caso a la jurisdicción nacional cuando lo entiende pertinente; Ivkovich, S. K. y Hagan, J., *Reclaiming Justice – The International Tribunal for the Former Yugoslavia and Local Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. De este modo, entiende en crímenes de genocidio, lesa humanidad y violaciones al art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo Adicional II de 1977. En razón de ser la fuente de la jurisdicción una decisión del Consejo de Seguridad, todos los Estados tienen el deber de cooperar y asistir a ambos Tribunales en el ejercicio de su función<sup>88</sup>. La actividad de estos Tribunales ha de concluir por lo que, reafirmando la necesidad de establecer un mecanismo especial para que lleve a cabo diversas funciones esenciales de los Tribunales, incluido tras el cierre, el procesamiento de los prófugos que sean los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad respecto de los crímenes de competencia de uno y otro, el Consejo de Seguridad decidió establecer el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales con dos subdivisiones, una del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y otra para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, aprobando su Estatuto<sup>89</sup>.

En lo que hace a la Corte Penal Internacional, ésta fue instituida por el tratado adoptado en Roma en 1998<sup>90</sup>. Si bien es un Tribunal permanente, su jurisdicción es voluntaria ya que un Estado la acepta al hacerse parte del tratado que la crea, pudiendo hacerlo también por una declara-

---

<sup>88</sup> Carta O.N.U., art. 25; el Tribunal Penal Internacional Penal para la ex – Yugoslavia cuenta, a más, con la colaboración de la Fuerza Multinacional de Estabilización (EUFOR ALTHEA), instituida por el Consejo de Seguridad (S/1995/999); véase Mackintosh, K., “Note for humanitarian organizations on cooperation with international tribunals”, *I.R.R.C.*, N° 853, March 2004, pp. 131 y sigs.

<sup>89</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 1966 (2010) y Anexo I conteniendo el Estatuto del Mecanismo según el cual éste está autorizado a remitir causas a las jurisdicciones nacionales de personas acusadas por los Tribunales que no sean los dirigentes de más alto nivel.

<sup>90</sup> En vigor 1-VII-2002; 121 Estados parte al 2-IV-2012; la Argentina adoptó la ley 26.200 de implementación de sus normas el 9-I-2007; Schabas, W., *The International Criminal Court – A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2009; Reydams, L., Parmentier, S., Ryngaert, C. y Wouters, J., (eds.), *International Prosecutors*, Oxford, Oxford University Press, 2012; Danner, A.M., “Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court”, *A.J.I.L.*, 2003-97, pp. 510 y sigs.; Khan, K. A. A., Buisman, C., y Gosnell, Ch., *Principles of Evidence in International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2010; Safferling, Ch., *International Criminal Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2012; entre otros.

ción especial para una situación determinada<sup>91</sup>. La excepción a esta regla está dada por el supuesto en que una situación en la que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de su competencia le sea remitida por el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puesto que en este caso no necesariamente el Estado en cuyo territorio se dé tal situación habría de ser un Estado parte al Estatuto<sup>92</sup>.

El ejercicio de la jurisdicción por el Tribunal tiene, a más, el carácter de complementario de las jurisdicciones penales nacionales<sup>93</sup> puesto que su institución está guiada por la voluntad de que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no queden sin castigo para lo cual -en el plano nacional- han de adoptarse medidas al ser deber de todo Estado ejercer su jurisdicción contra los principales responsables, a menos que la Corte resuelva que el Estado parte en el que tuvo lugar la conducta o del que sea nacional el acusado no está dispuesto a llevar a cabo el juicio o no puede realmente hacerlo<sup>94</sup>.

La Corte goza de competencia para conocer en el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión<sup>95</sup> y ha de ejercerla con relación a los principales responsa-

---

<sup>91</sup> Estatuto C.P.I, art. 12.1 y 3.

<sup>92</sup> *Ibid.*, art. 13 b); el Consejo de Seguridad por las Resoluciones 1593 (2005) y 1970 (2011) en aplicación del art. 41 de la Carta O.N.U., decidió remitir las situaciones imperantes en Darfur y en Libia al Fiscal de la Corte Penal Internacional.

<sup>93</sup> *Ibid.*, art. 1; sin perjuicio de lo cual la República Democrática del Congo, Uganda, la República Centroafricana y Kenya remitieron situaciones a conocimiento del Tribunal, el que en relación a la situación en la primera de ellas identificó casos, entre otros, contra Thomas Lubanga Dylo (ICC-01/04-01/06), a quien por sentencia del 14-III-2012 consideró penalmente responsable por su participación en la comisión del crimen de guerra de reclutar y alistar niños menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades en un conflicto armado que no fue de índole internacional; Kleffner, J., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

<sup>94</sup> *Ibid.*, art. 17; con sustento en esta norma, y efectuando la declaración de aceptación de la jurisdicción prevista en el art. 12. 3 del Estatuto al no ser parte en este tratado, Costa de Marfil remitió una situación a conocimiento del Tribunal, véase ICC-02/11.

<sup>95</sup> *Ibid.*, art. 5; Rosenne, S., "The Jurisdiction of the International Criminal Court", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999-2, pp. 119 y sigs.

bles, por acción u omisión, mayores de 18 años, por hechos de gravedad suficiente posteriores a la entrada en vigor del Estatuto. En materia de crímenes de guerra se incluyen aquéllos que pueden cometerse tanto en situación de conflicto armado internacional como en situación de conflicto armado sin carácter internacional<sup>96</sup>, especificándose que sus disposiciones no se aplican a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores<sup>97</sup>. Los Estados parte están obligados a cooperar y prestar asistencia a la Corte; pero ello, conforme a las regulaciones que han de adoptar en su ámbito interno<sup>98</sup>. Y esa cooperación es imprescindible al ejercicio de su jurisdicción sea para llevar a cabo órdenes de arresto de personas acusadas de cometer crímenes de su competencia, sea para investigar, recoger pruebas y, por cierto, ejecutar sus sentencias. Los Estados que no son parte al Estatuto, en razón de ser terceros Estados, no están obligados por sus disposiciones. Sin embargo, pueden ser invitados a prestar asistencia sobre la base de un arreglo especial entre la Corte y el Estado de que se trate<sup>99</sup>, pudiendo llegar a sostenerse que aceptar tal invitación -al menos en lo que hace a los crímenes de guerra- comportaría una forma de contribuir a hacer respetar las normas del derecho internacional humanitario en todas las circunstancias, tal como se establece en el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

El Estatuto de la Corte, a diferencia de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, por primera vez en el ámbito del derecho internacional penal no sólo considera a las víctimas de los crímenes en los que está llamada a conocer, o a sus causahabientes, otorgándoles el derecho a repara-

---

<sup>96</sup> Montaz, D., “War Crimes in Non-international Armed Conflicts under the Statute of the International Criminal Court”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999-2, pp. 177 y sigs.; Robinson D. y von Hebel, H., “War Crimes in Internal Conflicts: Article 8 of the ICC Statute”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999-2, pp. 193 y sigs.

<sup>97</sup> *Ibid.* art. 8.

<sup>98</sup> *Ibid.*, arts. 86 – 102; Ambos, K., Malarino, E. y Elsner, G. (ed.) *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional* – Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia, Uruguay, 2007, Konrad – Adenauer-Stiftung e. V.; Kaul, H-P. y Kress, C., “Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999-2, pp. 143 y sigs.

<sup>99</sup> *Ibid.*, art. 87. 5.

ción -incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación<sup>100</sup> - sino que también establece su participación en el proceso en las fases del juicio que la Corte considere conveniente si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos<sup>101</sup>. Este Estatuto marca, de este modo, un hito en la aplicación del derecho internacional penal en el ámbito de las jurisdicciones internacionales<sup>102</sup>.

*iii) El juzgamiento por tribunales internos internacionalizados*

Estos tribunales constituyen una forma novedosa del ejercicio de la función jurisdiccional luego de crisis puesto que con la excepción de dos de ellos -la Corte Especial para Sierra Leona y el Tribunal Especial Iraquí- se integran a las jurisdicciones nacionales, impulsando la cooperación entre los elementos nacionales e internacionales que los componen<sup>103</sup>.

En principio, funcionan en los lugares en que los crímenes se cometieron y tienen un carácter *ad hoc*, pudiendo crearse por Resolución del Consejo de Seguridad, actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la O.N.U., o por Acuerdo de la Organización con el Estado. La competencia de estos tribunales, que se ejerce con relación a individuos, puede no limitarse a los crímenes de derecho consuetudinario contra la paz y la seguridad internacionales -esto es, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad- sino que suelen incorporar otras figuras penales de derecho interno vinculadas a ellos. Aplican derecho internacional pero también es posible que apliquen derecho local y pueden llegar a verse enfrentados con problemas que plantean las relaciones del dere-

---

<sup>100</sup> Estatuto C.P.I., art. 75.

<sup>101</sup> *Ibid.*, arts. 68. 3, 15.3, 19.3. 68. 1 y 4. y 43.6; Funk, T. M., *Victims' Rights and Advocacy at the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

<sup>102</sup> Rauschenbach, M. y Scalia, D., "Víctimas y justicia penal internacional: una cuestión controvertida", *R.I.C.R.*, Selección de artículos 2008, pp. 177 y sigs.

<sup>103</sup> Olson, L., "Provoking the dragon on the patio, Matters of transitional justice: penal repression versus amnesties", *I.R.R.C.*, vol. 88, N° 862, June 2006, pp. 275 y sigs.

cho interno y el derecho internacional a nivel constitucional en relación con los principios de legalidad, cosa juzgada, irretroactividad, o con amnistías o indultos. En materia procesal respetan los principios del debido proceso del derecho internacional de los derechos humanos; esto es, proceso público, por un tribunal idóneo, independiente e imparcial, presunción de inocencia, carga de la prueba, juzgamiento sin dilaciones indebidas, derecho a la defensa y al asesoramiento legal, derecho a la asistencia de un interprete, y derecho de apelación. Si bien necesitan la cooperación del Estado en el que funcionan, también puede serles imprescindible la de terceros Estados y la de organizaciones internacionales en lo que hace a la producción de prueba o a la transferencia de los acusados para su juzgamiento y, por cierto, para la ejecución de las sentencias<sup>104</sup>. A título de ejemplo de estas instancias, en razón de sus peculiaridades, cabe mencionar las Salas Extraordinarias para Camboya, la Corte Especial para Sierra Leona, los Paneles Especiales para Crímenes Graves instituidos por la Administración de Transición de las Naciones Unidas en Timor Este, los Tribunales de Kosovo establecidos por la Misión Interina de Administración de las Naciones Unidas en Kosovo, la Sección de Crímenes de Guerra de la Corte Suprema de Bosnia y Herzegovina, el Tribunal Especial Iraquí o el Tribunal Especial para el Líbano.

Las Salas Extraordinarias para Camboya se constituyeron por acuerdo entre el Gobierno de Camboya y la O.N.U. en 2003 a solicitud dirigida por el Gobierno a la Organización en 1997<sup>105</sup>. En el caso de la Corte Especial para Sierra Leona, el Consejo de Seguridad de la O.N.U.<sup>106</sup> solicitó al Secretario General negociar un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona para crear una corte especial. El Tribunal se constituyó por acuerdo entre las Naciones Unidas y Sierra Leona, con competencia para conocer en los ilícitos ocurridos a partir del 30 de

---

<sup>104</sup> Romano, C. P. R., Nolkaemper, A., Kleffner, J. K. (eds.), *International Criminal Courts – Sierra Leona, East Timor, Kosovo and Cambodia*, New York, Oxford University Press, 2004.

<sup>105</sup> Resolución A/ 57/228 del 22-V-2003; Rajagopal, B., “The Pragmatics of Prosecuting the Khmer Rouge”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998-1, pp. 189 y sigs. y bibliografía allí citada.

<sup>106</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 1315 (2000).



noviembre de 1996 <sup>107</sup>. Cabe señalar que el Parlamento de Sierra Leona creó la Comisión de Verdad y Reconciliación con el mandato de preparar un informe del país desde 1991, cuando estalló el conflicto armado, hasta el Acuerdo de Paz de Lomé del 7 de julio de 1999 <sup>108</sup>, sobre las violaciones y abusos de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. La Administración de Transición de las Naciones Unidas en Timor Este<sup>109</sup>, estableció Paneles con competencia exclusiva sobre crímenes graves, conforme al mandato del Consejo de Seguridad<sup>110</sup>. Si bien el Memorándum de Entendimiento concluido entre Indonesia y la Misión de Naciones Unidas el 6 de abril de 2000 regula la cooperación en la información entre ambos, el Parlamento de Indonesia no lo reconoce por lo que el Primer Ministro de Timor Leste en junio de 2003 solicitó la amnistía de quienes cumplen sentencia en las cárceles de este país como una manera de resolver la injusticia resultante del hecho de que los principales responsables estuviesen libres en Indonesia en tanto que quienes cometieron crímenes menores estuviesen encarcelados. Con los Paneles coexiste la Comisión para la Recepción, Verdad y Reconciliación, establecida por la Regulación 2001/10

---

<sup>107</sup> Acuerdo del 16-I-2002; el 26-IV-2012 el Tribunal condenó al ex presidente de Liberia, Charles Taylor, por su participación en crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, considerándolo culpable -en lo que hace a la primer categoría de crímenes- por actos de terrorismo, muerte, ultrajes a la dignidad personal, tratos crueles y pillaje, al proveer armas y municiones, personal militar, soporte operacional y moral a los rebeldes.

<sup>108</sup> El Acuerdo de Lomé se concluyó entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Unido Revolucionario de Sierra Leona y en sus disposiciones se había incluido una amnistía e inmunidad ante procesos judiciales por atrocidades cometidas durante el conflicto entre marzo de 1991 y julio de 1999, sin perjuicio de lo cual el Presidente de Sierra Leona el 12-VI-2000 cursó la solicitud al Presidente del Consejo de Seguridad para que se instituyese la Corte Especial en razón de que al momento de la firma del Acuerdo el Representante Especial del Secretario General había dejado asentado que quedaba entendido que los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario no se encontraban comprendidos en la amnistía.

<sup>109</sup> Al presente Estado de Timor Este.

<sup>110</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 1272 (1999), Reglamentos de la Administración de Transición 2000/11 y 2000/15.

de la Misión de las Naciones Unidas con el objeto de buscar la verdad en relación con las violaciones de derechos humanos, promover la reconciliación de la comunidad y producir un informe, recomendando el modo de proteger los derechos humanos y promover la reconciliación. Su mandato es el de establecer la verdad en relación con los hechos ocurridos entre el 25-IV-1974 y el 25-X-1999; esto es, el período de la presencia de Indonesia en Timor del Este. La Misión Interina de Administración de las Naciones Unidas en Kosovo introdujo en los Tribunales de Kosovo un sistema mixto de composición de jueces, fiscales y defensores, en virtud de la capacidad de legislar a través de Reglamentos del Representante Especial del Secretario General otorgada por el Consejo de Seguridad<sup>111</sup>. El marco legal para la actuación de los jueces y fiscales internacionales son las Regulaciones del Representante Especial y éstos tienen el carácter de miembros del personal de las Naciones Unidas. Cuando el Consejo de Seguridad estableció la Misión decidió que todos los Estados en la región habrían de cooperar plenamente con la implementación de todos los aspectos del mandato del que la investía, lo que cabe interpretar como instituyendo la obligación de la República Federativa de Yugoslavia, luego Serbia-Montenegro y ulteriormente Serbia, de cooperar cuando los Paneles Especiales lo requiriesen.

La Sección de Crímenes de Guerra de la Corte Suprema de Bosnia y Herzegovina funciona desde 2005 con competencia para conocer en crímenes de guerra cometidos por individuos en el período 1991-1995. Fue creada a instancias del Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia con el que mantiene un estrecho vínculo puesto que le transfiere casos para que entienda en ellos, conociendo también en los que son llevados directamente a sus estrados. Está integrada por jueces nacionales y jueces internacionales designados por el Alto Representante del Secretario General de la O.N.U. en el país<sup>112</sup>. El Tribunal Especial Iraquí

---

<sup>111</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 1244 (1999) y Resoluciones de la Misión Interina de Administración 1999/24 y 2001/9; Garcia, Th., “La Mission d’Administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK)”, *RGDIP*, 2000-104, pp. 161y sigs.

<sup>112</sup> Acuerdo Marco General de Paz en Bosnia y Herzegovina y sus anexos, S/1995/999 y Acuerdo de Dayton/Paris sobre el establecimiento de la Federación de

fue creado por el Consejo de Gobierno Iraquí, sin darle el carácter de permanente<sup>113</sup>, para conocer en crímenes de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y violaciones al derecho iraquí cometidos entre el 17 de julio de 1968 y el 1° de mayo de 2003 por nacionales iraquíes o residentes en el país en el territorio de Iraq o fuera de él, inclusive en conexión con las guerras llevadas a cabo por Iraq contra Iran y Kuwait.

El Tribunal Especial para el Líbano fue instituido por acuerdo con las Naciones Unidas a solicitud de este país<sup>114</sup>. Desde el 1° de marzo de 2009 sesiona en La Haya con competencia para enjuiciar a presuntos responsables del atentado del 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex – Primer Ministro Rafiq Hariri y otras personas y de otros ataques conexos ocurridos en el Líbano entre el 1° de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005, según los principios de la justicia penal.

Estos tribunales internos internacionalizados y comisiones de verdad y reconciliación, instituidos *ad hoc* cuando los conflictos finalizan, intentan ser una vía más para que el control del derecho internacional humanitario exhiba una efectividad del sistema que conduzca a la prevención de conductas criminales a la par que señale el camino para restañar heridas del tejido social.

## Reflexiones finales

La efectividad y eficacia de un ordenamiento jurídico depende en gran medida de las acciones que se implementen para controlar su cumplimiento. El derecho internacional humanitario no escapa a esta realidad por lo que su vigencia y, en consecuencia, el logro de sus objetivos requie-

---

Bosnia y Herzegovina (S/1995/1021, anexo); el Alto Representante es la autoridad máxima en lo tocante a la interpretación de la aplicación de los aspectos civiles del Acuerdo de Paz, conf. Consejo de Seguridad, Resolución 2019 (2011).

<sup>113</sup> Estatuto n° 1 del 10-XII-2003.

<sup>114</sup> Consejo de Seguridad, Resoluciones 1701 (2008), 1752 (2008) y 1852 (2008).

re de una real voluntad política de instrumentar mecanismos idóneos para generar el adecuado respeto a sus normas.

Esa voluntad puede tener manifestaciones de naturaleza política pero, también, de índole jurisdiccional. Por cierto, en uno y otro supuesto serán los Estados -sujetos originarios del derecho internacional- quienes tendrán la responsabilidad primera de instruir sobre el contenido de sus normas pero, a más, de tipificar en el ámbito interno las consecuencias en derecho de las violaciones. Esto es, no sólo establecer manuales de conducta si no que también regular las sanciones administrativas o de otra índole que correspondiesen y, aún, tipificar en foro doméstico las infracciones graves, disponiendo los procedimientos para su juzgamiento y las penas que pudiesen corresponder.

Una vez más el ordenamiento internacional requiere del ordenamiento interno para que -complementándose uno y otro- no sólo se castigue a eventuales culpables sino, fundamentalmente, se prevengan violaciones.

La institución de mecanismos de control jurisdiccional del derecho internacional humanitario recae, así, en primer lugar en los Estados pero bueno es recordar que cuando las violaciones masivas a sus normas pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales esos mismos Estados ya han confiado en un órgano de la organización internacional -el Consejo de Seguridad de la O.N.U.- la capacidad de actuar; inclusive, a través de disponer el juzgamiento de responsables; sea estableciendo tribunales *ad hoc*, sea remitiendo situaciones a la Corte Penal Internacional, o aún, contribuyendo a la constitución de instancias internas internacionalizadas. Cabe siempre tener presente que el derecho, y su respeto, es la vía idónea para la paz.

*Buenos Aires, septiembre 2012*

# LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 1 DE FEBRERO DE 2012 A PETICIÓN DEL FONDO INTERNACIONAL DE DESARROLLO AGRÍCOLA

Manuel HINOJO ROJAS

## 1. Introducción

Un principio general del Derecho, del Derecho internacional contemporáneo, es que la persona humana en cuanto que tal no tiene la posibilidad de acudir a la instancia de la Corte Internacional de Justicia en defensa de sus derechos e intereses. En este sentido, como jurisdicción internacional y como reglas genéricas de su actividad, la Corte sólo está abierta a los Estados, en su competencia contenciosa, y a las organizaciones internacionales intergubernamentales, en su competencia consultiva. Pero aquel principio general quiebra cuando, por mor de determinados textos jurídicos, la Corte, mediante el ejercicio de su jurisdicción consultiva, puede manifestarse respecto de aquellos derechos e intereses. En efecto, como quiera que ciertas instituciones internacionales, y en primera providencia la Organización de las Naciones Unidas, dirimen los litigios que tienen con el personal a su servicio por medio de tribunales administrativos, los cuales evidentemente emiten sus fallos, y que los Estatutos de estos tribunales permitían y permiten someter a la Corte sus decisiones con la pretensión de revisar aquellos fallos, la Corte Internacional de Justicia se constituye como una jurisdicción de recurso de carácter administrativo en la que por lo demás su dictamen es definitivo y obligatorio. A mayor abundamiento, como ocurrió con el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas (TANU) y ocurre hoy en día con el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (TAOIT), sus Estatutos han otorgado la posibilidad de que los fallos de esos tribunales fueran

revisados por la Corte<sup>1</sup>, abriendo así su instancia a cuestiones de naturaleza administrativa que se presentan en el ámbito interior de la organización internacional pertinente y en la que son partes los funcionarios de esta y la propia organización<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La resolución 957 (X) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 8 de noviembre de 1955 incorporó al Estatuto de su Tribunal Administrativo el artículo 11 (junto con el artículo 12), el cual creaba un Comité, el Comité de Peticiones de Revisión, que, compuesto por representantes de los Estados miembros de la Organización, estaba autorizado a dirigirse a la Corte Internacional de Justicia solicitándole una opinión consultiva cuando se impugnara, por quienes según su párrafo 1 estaban legitimados para hacerlo, un fallo por considerarse que el Tribunal se había extralimitado en su jurisdicción o competencia o que el Tribunal no había ejercido la jurisdicción que se le había conferido, o había incurrido en un error sobre una cuestión de Derecho relativa a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, o había cometido un error fundamental de procedimiento que hubiera impedido que se hiciera justicia. [Véase todo el texto del citado artículo 11 en *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, décimo período de sesiones, Suplemento n.º. 19 (A/3116), pp. 37 y 38]. Por la resolución 50/54 de 11 de diciembre de 1995 la Asamblea General de las Naciones Unidas suprimió dicho artículo del texto del Estatuto del TANU. [Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º. 49 (A/50/49), p. 345]. Para el análisis del recurso de revisión de un fallo del TANU véase, entre otros, Pons Rafols, Xavier: *Las garantías jurisdiccionales de los funcionarios de las Naciones Unidas*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1999, pp. 145 a 239. En cuanto al TAOIT, en virtud del artículo XII del anexo de su Estatuto (al que más adelante me referiré).

<sup>2</sup> En este contexto, esa facultad de revisión que puede ejercer la Corte Internacional de Justicia no debe ser entendida con el valor que generalmente se da al recurso de revisión por cuanto el tribunal que haya pronunciado un fallo puede volver a examinarlo por darse hechos decisivos que este desconocía en el momento de emitirlo, como por ejemplo señala el artículo 61 del Estatuto de la Corte. En el sentido dado en este trabajo se sigue la denominación que tradicionalmente ha venido recibiendo en el ámbito de las Naciones Unidas. [“El principio de revisión judicial de los fallos del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas” fue aceptado por la Asamblea General de la Organización en su resolución 888 (IX) de 17 de diciembre de 1954 (véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, noveno período de sesiones, Suplemento n.º. 21 (A/2890), p. 48). Por el término “revisión” en francés se ha utilizado el término “réformation” mientras que en inglés se ha utilizado el término “review” (véanse los textos en esos idiomas de la resolución mencionada en los documentos asimismo citados correspondientes a tales lenguas, p. 45 y p. 43, respectivamente)]. No obstante, en español también ha recibido la denominación, por ejemplo, de recurso de “impugnación” o de “reforma” (véase Gross Espiell, Héctor:

Ahora bien, el hecho de que bajo ciertas circunstancias los derechos e intereses de una persona física puedan ser abordados por la propia Corte Internacional de Justicia<sup>3</sup> para hacer eso, justicia, no es sino una situación más que excepcional en el Derecho internacional de nuestro tiempo, pero no es menos cierto que esta realidad no deja de ser un avance respecto de lo que fue el Derecho internacional clásico en el que la persona humana como tal no había alcanzado como ocurre hoy, bien que limitadamente, la condición de sujeto del ordenamiento internacional. Efectivamente, esa realidad ha confirmado la excepcionalidad de aquel hecho, pues la Corte ha conocido desde su creación sólo de cinco asuntos relativos a esta dinámica de cosas<sup>4</sup>, pero también ha servido para confirmar

---

“El recurso ante la Corte Internacional de Justicia contra las sentencias de los Tribunales Administrativos Internacionales”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. V\*, 1979-1980-1981, p. 275).

<sup>3</sup> En lo referente a la participación del individuo en el procedimiento ante la Corte pueden verse, entre otros, GROSS, Leo: “Participation of Individuals in Advisory Proceedings before the International Court of Justice: Question of Equality between the Parties”, *The American Journal of International Law*, vol. 52, 1958, pp. 16 a 40; trabajo asimismo publicado por dicho autor en su libro *Essays on International Law and Organization*, vol. II, Transnational Publishers-Martinus Nijhoff Publishers, Dobbs Ferry-The Hague/Boston/Lancaster, 1984, pp. 705 a 726 y BROWNLIE, Ian: “the Individual before Tribunals Exercising International Jurisdiction”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11, 1962, pp. 701 a 720 (especialmente, pp. 717 y 718).

<sup>4</sup> Así, respecto del TANU, los asuntos *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, dictamen de 12 de julio de 1973 [véase International Court of Justice, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1973, pp. 166 a 300 (en adelante I. C. J. Reports)]; *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal*, dictamen de 20 de julio de 1982 (véase I. C. J. Reports, 1982, pp. 325 a 552); y *Application for Review of Judgement No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal*, dictamen de 27 de mayo de 1987 (véase I. C. J. Reports, 1987, pp. 18 a 174).

Y respecto del TAOIT, los asuntos *Jugements du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail sur requêtes contre l'Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture*, dictamen de 23 de octubre de 1956 [véase Cour Internationale de Justice, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1956, pp. 77 a 168 (en adelante, C. I. J. Recueil)] y *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint filed against the International Fund for Agricultural Development*, dictamen de 1 de febrero de 2012 (véase página web oficial de la Corte [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)).

que los derechos e intereses de los individuos como sujetos jurídicos, como ocurre en otros sectores del Derecho internacional contemporáneo, no son menospreciados por este y sus instituciones.

## 2. El sustrato fáctico-jurídico

### a. *Los hechos*

El 22 de abril de 2010 la Junta Ejecutiva (*Executive Board* o *Conseil d'administration*) del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA) adoptó durante su nonagésimo novena sesión una resolución por la cual, oponiéndose al fallo n°. 2867 del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, decidía recurrir a la Corte Internacional de Justicia para que esta emitiera una opinión consultiva sobre la validez de dicho fallo.

El asunto sometido a dictamen de la Corte, brevemente explicado, tenía su origen en la demanda interpuesta el 8 de julio de 2008 por la señora Ana Teresa Saez [sic] García (en adelante, A. T. S. G.) contra el FIDA a fin de obtener un fallo del Tribunal Administrativo de la OIT respecto de la no renovación de su contrato de trabajo<sup>5</sup>. Y aparte de las connotaciones personales que iba a tener para la interesada el mismo -en este sentido uno de los problemas jurídicos que se planteaban al Tribunal era la consideración o no como funcionaria de dicha organización internacional a la demandante-, también planteaba problemas muy interesantes en cuanto a las relaciones que se dan entre las organizaciones internacionales y los organismos asimismo de ese carácter que los Estados deciden crear. En efecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre la lucha contra la desertificación en los países gravemente afectados por la sequía

---

<sup>5</sup> Para más detalles de los hechos relativos al asunto sometido al TAOIT, véase su fallo n°. 2867, *A. T. S. G. c/. International Fund for Agricultural Development*, 3 de febrero de 2010, ejemplar obtenido en la página [www.ilo.org](http://www.ilo.org). También puede verse a este respecto *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 20, párr. 50 y p. 26, párr. 70.



y/o la desertificación, en particular en África, entrada en vigor el 26 de diciembre de 1996, ha establecido, como órgano supremo de la Convención, la Conferencia de las Partes y además ha creado un Mecanismo Mundial encargado de reforzar la eficacia y la eficiencia de los mecanismos financieros existentes a fin de ayudar a los Estados partes a poner en práctica la Convención. Dicho Mecanismo Mundial ha sido acogido por el FIDA como organización anfitriona o huésped, siendo sus modalidades de funcionamiento y sus operaciones administrativas enunciadas en un Acuerdo entre la Conferencia de las Partes y el FIDA de 26 de noviembre de 1999. En ese Acuerdo se estipula que el Mecanismo Mundial, aunque conservando una identidad distinta dentro del Fondo, constituye un elemento orgánico de su estructura y depende directamente de su Presidente, si bien es el Director General del mismo el encargado de establecer el programa de trabajo y el presupuesto de tal Mecanismo, incluido el conjunto del personal, y sus propuestas son sometidas al examen y a la aprobación del Presidente del FIDA antes de ser transmitidas al Secretario Ejecutivo de la Convención para su examen a fin de elaborar el proyecto de presupuesto de la misma. Por lo demás, el Director General en nombre del Presidente presenta en cada sesión de la Conferencia de las Partes un informe sobre las actividades del Mecanismo Mundial.

En este contexto, el 1 de marzo de 2000 la señora A. T. S. G. recibió del FIDA un ofrecimiento de contrato temporal por dos años para un puesto de Administradora de Programa de grado P-4, pero con destino en el Mecanismo Mundial citado. Tras varias renovaciones de su contrato<sup>6</sup>, este expiraba el 15 de marzo de 2006. El 15 de diciembre de 2005 el Director General del Mecanismo Mundial le comunicó que la Conferencia de las Partes había decidido reducir el presupuesto del Mecanismo Mundial y que por eso se hacía necesario reducir el personal, por lo que su puesto de trabajo sería suprimido y su contrato no renovado en el momento de su terminación.

No obstante el ofrecimiento del Director General de un contrato de seis meses a la interesada en otro puesto de trabajo que ésta rechazó<sup>7</sup>,

---

<sup>6</sup> El contrato fue renovado la primera vez hasta el 15 de marzo de 2004 y una segunda vez hasta el 15 de marzo de 2006.

<sup>7</sup> Contrato que empezaría el 16 de marzo de 2006.

ella inició el procedimiento interno de reclamación de carácter administrativo, previo al recurso jurisdiccional ante el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, el 15 de febrero de 2006<sup>8</sup>, en el que merece destacarse la introducción de dicha reclamación ante la Junta Mixta de Apelación<sup>9</sup> el 27 de junio de 2007 para contestar la decisión del Director General de 15 de diciembre de 2005. Aparte de otras conclusiones<sup>10</sup>, la Junta terminó recomendando que la requirente fuera reintegrada en el Mecanismo Mundial con un contrato temporal por dos años además de que se le abonara por este una cantidad dineraria equivalente a la integridad de los sueldos, gratificaciones e indemnizaciones que ella había dejado de percibir desde marzo de 2006. Con posterioridad, el 4 de abril de 2008, el Presidente del Fondo, apartándose de tales recomendaciones, informó a la interesada que había decidido rechazar su recurso, considerando que la decisión de no renovar su contrato era adecuada. Esta era la decisión que fue atacada ante el TAOIT<sup>11</sup>.

En su fallo n°. 2867 de 3 de febrero de 2010, el Tribunal Administrativo de la OIT declaró anulada la decisión del Presidente del FIDA de 4 de abril de 2008 y ordenó a cargo del Fondo el pago de daños y perjuicios,

---

<sup>8</sup> Normalmente, el personal de las organizaciones internacionales que quiera acudir con su reclamación ante un tribunal administrativo debe dirigirse previamente a los órganos pertinentes de la Administración efectuando la misma y en la forma en la que dispongan los textos jurídicos que afecten a las relaciones de trabajo.

<sup>9</sup> Las organizaciones internacionales del sistema de las Naciones Unidas suelen tener uno o varios órganos de carácter administrativo, las Juntas Mixtas de Apelación, que, compuestos por representantes de los trabajadores y de las administraciones, tienen la finalidad de asesorar al Secretario General, o a su homónimo si no es así denominado el jefe de la Administración de las respectivas organizaciones internacionales, sobre los recursos planteados por los funcionarios emitiendo recomendaciones que en cada caso concreto aquel puede aceptar o no. Son, por tanto, órganos consultivos de naturaleza no jurisdiccional.

<sup>10</sup> El informe fue aprobado por unanimidad por la Junta Mixta el 13 de diciembre de 2007 y entre otras cosas el organismo de apelaciones sostenía que, ante la ausencia de elementos que establecieran que el Director General hubiera consultado al Presidente del Fondo u obtenido su aprobación antes de decidir suprimir el puesto de la requirente, la decisión de no renovarle a esta el contrato estaba viciada de exceso de poder. (Véase fallo n°. 2867 del TAOIT citado, p. 3).

<sup>11</sup> Adviértase de nuevo que el 8 de julio de 2008 la interesada introdujo la demanda.

tanto de naturaleza material como de naturaleza moral, así como el pago de las costas a favor de la señora A. T. S. G. Es esta decisión del Tribunal la que no ha aceptado la Junta Ejecutiva del FIDA y por eso acordó someter la validez de la misma a la Corte Internacional de Justicia para que esta emitiera una opinión consultiva sobre el particular.

*b. El fundamento jurídico de la petición de una opinión consultiva por el FIDA*

Dejando a salvo los casos de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de una la lectura combinada del artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas y del artículo 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se deduce que otros órganos de la Organización y los organismos especializados que sean autorizados para ello por la Asamblea General están legitimados para solicitar una opinión consultiva de la Corte, siempre y cuando se refiera dicha solicitud a cuestiones jurídicas que estén dentro del ámbito de actividad del órgano u organismo especializado que haga la petición.

Establecido el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola como un organismo especializado<sup>12</sup> de los contemplados en la Carta de las Naciones Unidas<sup>13</sup>, la Asamblea General de la Organización le confirió la posibilidad de acudir a la vía consultiva de la Corte en demanda de un dictamen cuando se cumplieran las condiciones antedichas<sup>14</sup>. Y siendo este el marco general para solicitar el FIDA una opinión consultiva de la Corte, más particularmente esa posibilidad de recurso también se fundamenta

---

<sup>12</sup> Según el artículo I del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el FIDA incorporado como anexo a la resolución 32/107 de 15 de diciembre de 1977 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. [Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, trigésimo segundo período de sesiones, Suplemento n°. 45 (A/32/45), pp. 91 a 94; en particular p. 92].

<sup>13</sup> Véanse artículos 57 y 63 de dicho texto.

<sup>14</sup> En virtud del artículo XIII, párrafo 2, del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el FIDA contenido en la resolución 32/107 de 15 de diciembre de 1977 de la Asamblea General. [Véanse *Documentos Oficiales ... cit.*, p. 93].

en el artículo XII del anexo al Estatuto del Tribunal Administrativo de la OIT<sup>15</sup>, dado el caso de que dicha Junta se oponga, cuestionando su validez, a una decisión del Tribunal, bien porque esta traiga causa de su incompetencia, bien porque ella esté viciada de una falta esencial en el procedimiento seguido, en cuya eventualidad el dictamen que dé la Corte será obligatorio<sup>16</sup>. Es en este contexto jurídico en el que hay que situar la petición consultiva hecha por el FIDA; sin embargo, llama la atención el hecho de que el Fondo no haya aludido a aquel marco general de solicitud de una opinión consultiva, pues ni siquiera ha sido mencionado por la resolución en la que su Junta Ejecutiva pide el dictamen a la Corte ya que

---

<sup>15</sup> Nótese que el FIDA ha reconocido la competencia de dicho Tribunal y aceptado sus reglas de procedimiento con efectos desde el 1 de enero de 1989. (Para los detalles al respecto véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 10, párr. 20, así como el dossier transmitido por el FIDA a la Corte el 2 de agosto de 2010, apartado II, publicado en la página web de esta).

<sup>16</sup> La mencionada disposición en su versión francesa dice: “1. Au cas où le Conseil exécutif d’une organisation internationale ayant fait la déclaration prévue à l’article II, paragraphe 5, du Statut du Tribunal conteste une décision du Tribunal affirmant sa compétence ou considère qu’une décision dudit Tribunal est viciée par une faute essentielle dans la procédure suivie, la question de la validité de la décision rendue par le Tribunal sera soumise par ledit Conseil exécutif, pour avis consultatif, à la Cour internationale de justice. 2. L’avis rendu par la Cour aura force obligatoire”. (Véase el texto del Estatuto del Tribunal Administrativo de la OIT en [www.ilo.org](http://www.ilo.org)). Para el texto, extractado, en español de la aludida disposición, véase doc. EB 2010/99/R.43/Rev.1 (conteniendo la resolución de la Junta Ejecutiva del FIDA en la que esta acuerda recurrir consultivamente a la Corte) en [www.ifad.org](http://www.ifad.org), párr. 8 del preámbulo.

La posibilidad de que otras organizaciones internacionales distintas de la OIT puedan acudir a su Tribunal Administrativo, como de hecho ocurre, está regulada en el artículo II, párrafo 5, del Estatuto del Tribunal, según el cual: “Le Tribunal connaît en outre des requêtes invoquant l’inobservation, soit quant au fond, soit quant à la forme, des stipulations du contrat d’engagement des fonctionnaires ou des dispositions du Statut du personnel des autres organisations internationales satisfaisant aux critères définis à l’annexe au présent Statut qui auront adressé au Directeur général une déclaration reconnaissant, conformément à leur Constitution ou à leurs règles administratives internes, la compétence du Tribunal à l’effet ci-dessus, de même que ses règles de procédure, et qui auront été agréées par le Conseil d’administration”.

la misma se ha fundamentado exclusivamente en el mencionado artículo XII del anexo del Estatuto del Tribunal<sup>17</sup>.

*c. La petición consultiva de la Junta Ejecutiva del FIDA*

Como queda dicho, el órgano aristocrático del Fondo, lo componen dieciocho miembros<sup>18</sup>, decidió en una resolución de 22 de abril de 2010 dirigirse a la Corte Internacional de Justicia solicitándole una opinión consultiva respecto del fallo n.º. 2867 del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo<sup>19</sup>. En este sentido, la petición del órgano ejecutivo del Fondo se basó en el artículo XII del anexo del Estatuto del Tribunal, ya mencionado, expresando su deseo de “acogerse a las disposiciones de dicho artículo”, pero la misma bien puede calificarse de inusual por el número elevado de cuestiones jurídicas planteadas, hasta nueve, y desproporcionado, al menos en atención al número de respuestas dadas por la Corte como veremos más adelante.

Estas fueron las cuestiones recabadas a la Corte:

I. ¿Era el TAOIT competente, en virtud del artículo II de su Estatuto, para atender la demanda presentada contra el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (en adelante, el “Fondo”) el 8 de julio de 2008 por la Sra. A. T. S. G., un particular que era miembro del personal del Mecanismo Mundial de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación,

---

<sup>17</sup> Es cuando menos llamativo el hecho referido y yo creo que a la propia Corte asimismo le ha extrañado, como veremos más adelante, el silencio al respecto de la Junta Ejecutiva del FIDA. Por lo demás, es esclarecedor de esto que dicha Junta, refiriéndose al artículo XII del anexo del Estatuto del TAOIT, haya únicamente declarado en su resolución que deseaba acogerse a las disposiciones de tal artículo para basar su petición consultiva a la Corte. (Para el texto completo de la resolución de la Junta Ejecutiva del FIDA, véase doc. EB 2010/99/R.43/Rev.1 citado).

<sup>18</sup> En realidad, la composición de la Junta Ejecutiva del FIDA es un tanto peculiar, pues está integrada por dieciocho miembros titulares y otros tantos miembros suplentes.

<sup>19</sup> Véase doc. EB 2010/99/R.43/Rev.1 citado.

en particular en África (en adelante, la “Convención”) respecto de la cual el Fondo actúa solo como organización de acogida?

II. Teniendo en cuenta que, según revelan las actas, las partes en la controversia relativa al fallo n.º 2867 del TAOIT estaban de acuerdo en que el Fondo y el Mecanismo Mundial son entidades con personalidad jurídica propia y que la demandante era miembro del personal del Mecanismo Mundial, y tomando en consideración todos los documentos, normas y principios pertinentes, ¿quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT la declaración presentada en apoyo de la decisión que confirmaba su competencia, en la que se indicaba que “el Mecanismo Mundial ha de asimilarse a las diversas dependencias administrativas del Fondo a todos los efectos administrativos”, y que el “efecto de esto es que las decisiones administrativas adoptadas por el Director Gerente en relación con el personal del Mecanismo Mundial son, de acuerdo con la ley, decisiones del Fondo”?

III. ¿Quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT la declaración general presentada en apoyo de la decisión que confirmaba su competencia, en la que se indicaba que “el Mecanismo Mundial ha de asimilarse a las diversas dependencias administrativas del Fondo a todos los efectos administrativos”?

IV. ¿Quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT la decisión en la que confirmaba su competencia de considerar la declaración del demandante alegando un abuso de autoridad por parte del Director Gerente del Mecanismo Mundial?

V. ¿Quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT la decisión en la que confirmaba su competencia de considerar la declaración del demandante alegando que la decisión del Director Gerente de no renovar el contrato de la demandante constituía un error de derecho?

VI. ¿Quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT la decisión en la que confirmaba su competencia para interpretar el memorando de entendimiento entre la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afec-

tados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África y el FIDA (en adelante, el “memorando”), el Convenio y el Convenio Constitutivo del FIDA?

VII. ¿Quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT la decisión en la que confirmaba su competencia para determinar que, al desempeñar un papel de intermediación y apoyo en el marco del memorando, el Presidente estaba actuando en nombre del FIDA?

VIII. ¿Quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT la decisión en la que confirmaba su competencia para sustituir la decisión discrecional del Director Gerente del Mecanismo Mundial con la suya propia?

IX. ¿Qué validez tiene la decisión presentada por el TAOIT en su fallo n° 2867?<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Utilizo el texto en español del doc. EB 2010/99/R.43/Rev.1 citado, cuyo original se redactó en inglés. Nótese, sin embargo, un problema al que en algún momento le he prestado atención. Me refiero a la cuestión del uso de los idiomas en el ámbito jurídico internacional y al de las traducciones de los textos que no son los originales en el que los mismos son redactados. Así, un ejemplo de lo que digo lo representa el propio dictamen, mejor, los idiomas oficiales en los que el dictamen de la Corte está redactado, en los que la cuestión nueve se recoge en inglés, que es el que hace fe, de la siguiente forma: “What is the *validity* of the decision given by the ILOAT in its Judgment No. 2867?” mientras que en francés se hace con los términos “la décision rendue par le Tribunal dans son jugement no. 2867 est-elle *recevable*?”. Nótese que los términos en cursiva, que son míos, difieren, lo que ha llevado a la propia Corte a hacer en su dictamen escrito en francés la siguiente acotación: “Le terme «recevable» est celui utilisé dans la version française de la résolution fournie par le FIDA; dans le présent avis consultatif, la Cour lui préférerait le terme «valide», conforme à la terminologie retenue à l’article XII de l’annexe au statut du TAOIT”. (Véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, pp. 4 y 5, párr. 1, n. 2).

A mayor abundamiento, dejando a salvo las a veces no rigurosas traducciones al español de ciertos pasajes del texto tal cual lo he transcrito, debo notar que del mismo se infiere un error comparándolo con los textos redactados en las lenguas oficiales de la Corte y de los textos en francés e inglés de la resolución de la Junta Ejecutiva del FIDA. Así la cuestión III debe ser considerada, siguiendo la estructura de la traducción en español hecha por el FIDA, de esta manera: ¿Quedaba fuera de la competencia del TAOIT y/o constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el

Así las cosas, unas preguntas en este punto me parece interesante formular: ¿por qué la Junta Ejecutiva del FIDA decidió pedir una opinión consultiva con tantas cuestiones?; ¿por qué se puso a la Corte ante la eventualidad de contestar a la más extensa solicitud de cuestiones que a lo largo de su historia se le ha recabado?<sup>21</sup>; ¿por qué aquella Junta ha abandonado la tradicional práctica seguida ante la Corte de que las instituciones demandantes de opiniones consultivas se han venido limitando generalmente, salvo excepciones contadas, a plantear una o dos cuestiones jurídicas?

Evidentemente desconozco a ciencia cierta las razones de tal forma de conducirse por parte del órgano peticionario del FIDA. Es claro que todo proviene del planteamiento jurídico que en torno a la cuestión dilucidada ante el TAOIT el propio órgano tenía, en particular del de los asesores jurídicos de los que se valió para estudiar y decidir si acudía a la Corte<sup>22</sup>. En efecto, una de las líneas de defensa del Fondo ante el Tribu-

---

TAOIT la declaración general presentada, en apoyo de la decisión que confirmaba su competencia, en la que se indicaba que “los miembros del personal del Mecanismo Mundial son funcionarios del Fondo”?

<sup>21</sup> En efecto, desde un punto de vista meramente formal, esto es, numérico, la solicitud consultiva del FIDA ha sido la más amplia de las planteadas a la Corte Internacional de Justicia en su historia, pero también materialmente, es decir, por los problemas jurídicos de fondo que se pueden deducir de las preguntas que las nueve cuestiones suscitaban. [No obstante, quizás puede ser citado como excepción a lo anterior el asunto relativo a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas* en el que, si formalmente, la Asamblea General de las Naciones Unidas se puede considerar hizo una única petición, materialmente, se refirió a un conjunto de resoluciones, hasta trece sin contar las resoluciones que sirvieron de base para adoptar las mismas del Consejo de Seguridad y de la propia Asamblea, todas ellas alusivas a una serie de gastos de la Organización. Véase *Certain Expenses of the United Nations*, I. C. J. Reports, 1962, pp. 151 a 308 (dictamen de 20 de julio de 1962)]. A propósito de dicho dictamen, véase GROSS, Leo: “Expenses of the United Nations for Peace-Keeping Operations: The Advisory Opinion of the International Court of Justice”, *International Organization*, vol. 17, 1963, pp. 1 a 35.

<sup>22</sup> Nótese que, como se señala en el doc. EB 2010/99/R.43/Rev.1 citado, el Asesor Jurídico del FIDA, habiendo “examinado cuidadosamente la decisión” del TAOIT, sostenía que dicha decisión no era correcta; y que además la Oficina del Asesor Jurídico había pedido una opinión jurídica externa al Dr. Pieter Bekker (especialista en cortes y tribunales internacionales entre otros aspectos del Derecho



nal obedecía a la idea de que el Mecanismo Mundial no era parte del FIDA, sino que aquel tenía una personalidad jurídica separada de este y, en consecuencia, la funcionaria demandante no era funcionaria del Fondo. Siendo así, para el Fondo, mal podía tener competencia el Tribunal Administrativo de la OIT respecto de un organismo, el Mecanismo Mundial, que no había aceptado su competencia, por lo que, por tanto, uno de sus funcionarios no podía acudir a su instancia. Desde esa perspectiva, el FIDA consideraba al Tribunal incompetente para abordar el asunto y por eso planteó la cuestión número I a la Corte, pero no se limitó exclusivamente a solicitar que esta abordara la resolución de una sola cuestión, sino que insistió en otras cuestiones que en realidad, si bien se piensa, traían su origen en buena medida de esa primera cuestión enunciada, que es a mi modo de ver la nuclear del asunto. Porque, ante esa primera cuestión y considerando que la Corte tenía competencia para resolverla, esta no podía sino asentir a la pregunta u oponerse a ella, en cuyos (ambos) casos hacían innecesario el recurso al planteamiento de las demás cuestiones demandadas, salvo la número nueve. Yo creo que, en la solicitud de dictamen realizada, el FIDA optó, mediante un a modo de diversificación de problemas en forma de preguntas, por una profunda alusión a la cuestión esencial que a la postre gravitaba sobre aquella solicitud: el tema de la competencia del Tribunal. Por eso intentó con las preguntas planteadas a la Corte cerrar todos los resquicios alusivos a la competencia de aquel; sin embargo, fue más allá, aprovechando la ocasión para plantearle asimismo a la Corte que se manifestara sobre la eventual falta esencial en el procedimiento seguido por el Tribunal, pero lo hizo a fin de cuentas aludiendo asimismo a cuestiones de competencia que en modo alguno, en mi opinión, podían afectar al procedimiento seguido ante el

---

internacional público, matiza el documento) sobre la validez de lo dictaminado por el Tribunal, quien, corroborando la postura adoptada por el Asesor Jurídico, destacó el hecho de que no existía controversia alguna entre el Fondo y la señora A. T. S. G. en el caso sometido al TAOIT con respecto a la cuestión clave de la separación entre el FIDA y el Mecanismo Mundial ni al hecho de que dicha señora fuera un miembro del personal de tal Mecanismo. En este sentido, tanto el Asesor Jurídico como el asesor externo, el Dr. Bekker, eran del criterio de acudir a la Corte en solicitud de una opinión consultiva a fin de impugnar el fallo n°. 2867 del TAOIT. A mayor abundamiento, el propio Dr. Bekker fue quien redactó las preguntas que reprodujo en su resolución definitivamente la Junta Ejecutiva al decidir efectuar su petición a la Corte.

Tribunal<sup>23</sup>. Con esa manera de comportarse, el FIDA, en última instancia, lo que pretendió fue poner en la tesitura a la Corte de que, en su respuesta, se manifestara respecto de las dos causas de revisión establecidas en el artículo XII del anexo del Estatuto del TAOIT; o, lo que es lo mismo, por las preguntas formuladas, el FIDA lo que intentó en realidad fue demandar un conjunto de cuestiones dirigidas todas ellas a sustanciar los dos motivos por los cuales la Corte puede revisar un fallo del Tribunal.

### 3. La Corte, juez de su competencia

Como suele comportarse tanto en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa como en el de su jurisdicción consultiva, lo primero que ha hecho la Corte es examinar si tenía competencia o no para conocer del asunto<sup>24</sup>. En este sentido, tras constatar que la petición de opinión consultiva le ha sido sometida en virtud del artículo XII del anexo del Estatuto del TAOIT y que la Junta Ejecutiva del FIDA había hecho la declaración

---

<sup>23</sup> A mi modo de ver, el Fondo interpretó, a lo que parece no muy acertadamente como los hechos han demostrado siguiendo a la Corte, que ciertas cuestiones que en realidad eran exclusivamente cuestiones atinentes a la competencia del Tribunal podían constituir a la vez cuestiones que afectaban al ámbito del procedimiento seguido ante su instancia, sin observar que lo mismo que la distinción entre la competencia y el fondo es muy importante en el régimen jurídico de cualquier órgano judicial igualmente es importante la distinción entre la competencia y el procedimiento que se desarrolle ante él. En el caso concreto al que me estoy refiriendo y a título de ejemplo por no aludir a todas las preguntas hechas por el FIDA que no son la I y la IX, me pregunto asimismo ¿si constituía una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT su declaración general presentada *en apoyo de la decisión que confirmaba su competencia* en la que indicaba que los miembros del personal del Mecanismo Mundial eran funcionarios del Fondo planteada en la cuestión III? (La cursiva es mía). Siguiendo el esquema general de esas cuestiones planteadas por el Fondo, si un tribunal de justicia se apoya en un razonamiento que le sirve para confirmar su competencia, me vuelvo a preguntar, ¿las razones que esgrima decidiendo que es competente afectan a la competencia que ostenta este como órgano judicial o al procedimiento que se pueda desarrollar en su instancia?

<sup>24</sup> A efectos de la percepción del desarrollo del procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia, véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, pp. 4 a 9, párrs. 1 a 18, inclusive.

aceptando la competencia de dicho Tribunal<sup>25</sup>, la Corte parece extrañarse de que la mentada petición se sustente sólo en esa disposición sin mencionar para nada la regulación jurídica de la que trae causa la posibilidad de que el FIDA pueda demandar un dictamen a la Corte, esto es, la Carta de las Naciones Unidas y su propio Estatuto, más concretamente el párrafo 2 del artículo 96 de aquella y el párrafo 1 del artículo 65 de este. En efecto, la Corte ha puesto de manifiesto que el poder de la Junta Ejecutiva de solicitar una opinión consultiva y su competencia para dar el dictamen están fundamentados en ambos textos jurídicos y no simplemente en el artículo XII del anexo al Estatuto del TAOIT, y en este sentido ha enfatizado el hecho de que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha de autorizar, en su papel de guardiana de acceso a la Corte, dice esta<sup>26</sup>, que otros órganos distintos del Consejo de Seguridad puedan demandar tal opinión<sup>27</sup>; por eso sostiene que, aunque la resolución (en la que la Junta Ejecutiva hace la petición consultiva) no haga referencia a la autorización de la Asamblea General establecida en el artículo 96,2 de la Carta, “that authorization ... is a necessary condition to the making of such a request”<sup>28</sup>.

Y considerando una condición indispensable que haya tal autorización por parte de la Asamblea General, la Corte ha subsanado el silencio de la resolución de la Junta Ejecutiva del FIDA sobre el particular<sup>29</sup> inda-

---

<sup>25</sup> Prescrita por el artículo II, párrafo 5, de su Estatuto como ya se ha indicado.

<sup>26</sup> Véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 10, párr. 22.

<sup>27</sup> En este punto, la Corte no ha hecho sino recordar su posición al respecto, incluso citando su propia jurisprudencia (véanse *Jugements du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail sur requêtes ... cit.*, C. I. J. *Recueil*, 1956, pp. 83 y 84 y *Application for Review of Judgement No. 273 ... cit.*, I. C. J. *Reports*, 1982, pp. 333 y 334, párr. 21).

<sup>28</sup> Véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 11, párr. 25. Al hilo de este razonamiento, la Corte ha aprovechado la ocasión para aseverar que cuando la OIT ha adoptado el Estatuto del Tribunal no podía dar el poder, a sus órganos o a otras instituciones, de contestar las decisiones de dicho Tribunal por la vía de una demanda de opinión consultiva (*ibidem*).

<sup>29</sup> Silencio que en mi opinión no era tan importante como para desnaturalizar la solicitud planteada por el FIDA, pero que sí dice bastante del “descuido”, al menos

gando la existencia de la misma y concluyendo en la afirmativa, dado que en virtud del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Fondo de 15 de diciembre de 1977, concretamente de su artículo XIII, párrafo 2, esa autorización existía respecto de las cuestiones jurídicas que surjan en el ámbito de actividad del Fondo; excepción hecha de aquellas cuestiones que interesen a las relaciones mutuas del Fondo y las Naciones Unidas u otros organismos especializados, las cuales quedaban fuera de la autorización. Por lo demás, dicha disposición establecía dos límites formales a la autorización conferida, pues la petición consultiva había de obrar, de un lado, mediando una decisión del órgano pertinente para ello y, de otro, informando al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) de toda solicitud de ese tipo que se dirija a la Corte.

¿Se han cumplido tanto aquella condición material como estas dos condiciones formales por la solicitud consultiva? En este sentido, la Corte ha dedicado más tiempo y argumentos al análisis de aquella condición que al estudio de estas últimas que parecen, por el texto de su dictamen, le han planteado menos problemas. Así, en relación con esa primera condición formal, como quiera que el artículo XIII, párrafo 2, del Acuerdo mencionado establece que las peticiones consultivas las puede dirigir a la Corte el Consejo de Gobernadores del Fondo o su Junta Ejecutiva actuando por autorización de dicho Consejo, la Corte se ha limitado a constatar la existencia de dicha delegación, la cual, en palabras de la Corte, no provoca dificultad alguna<sup>30</sup>. En cuanto a la segunda condición formal, la Corte ha pasado por ella como de soslayo, pues sólo se ha limitado a observar que en el dossier sometido a su instancia no se contiene comunicación del Fondo informando al Consejo Económico y Social de su solicitud de opinión consultiva; por lo que cabe interpretar que dicho órgano no ha sido informado por el FIDA de haber pedido a la Corte una opinión consultiva.

---

en este punto, con el que se ha hecho la misma, quizás por darse por sentado como un *fait accompli* y más que conocido por el órgano peticionario. Pero igualmente la cuestión ha pasado totalmente desapercibida para la señora A. T. S. G. como se deduce de las palabras de la Corte en el sentido de que su competencia no había sido contestada (*ibidem*, p. 10, párr. 21).

<sup>30</sup> Véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 11, párr. 24.

Ahora bien, en este punto podríamos preguntarnos qué alcance tiene ese incumplimiento formal por parte del Fondo de no informar al ECOSOC, o si ese incumplimiento es de tanta envergadura como para hacer pensar que la Corte no debía haber admitido la solicitud consultiva hasta tanto que se hubiera producido dicha información subsanando el error, esto es, hasta tanto que se hubiera cumplido con tal requisito de forma. En definitiva, ¿estaba afectada la petición consultiva de una causa de anulabilidad o por el contrario ese defecto en el procedimiento de petición era tan irrelevante como para ser subsanado *ex officio* por la propia Corte? Por como se ha comportado esta, bien parece que para ella, pese a que la norma lo exija, ha resultado irrelevante el cumplimiento de la referida condición y ha atendido más a razones prácticas -como, por ejemplo, la de no retrasar el procedimiento ante su instancia, la de no ser especialmente formalista y meticulosa, la de conocer quizás por otras vías que efectivamente se produjo la información, cosa que desconozco, pese a no constar en autos- o de otro tipo -como, entre otras, que le haya dado más valor intrínseco al cumplimiento de la condición material y de la condición formal de idoneidad del órgano peticionario, como por su dictamen así parece. En todo caso, ese comportamiento de la Corte es chocante<sup>31</sup> con la manera de conducirse respecto de las demás cuestiones que ha analizado para indagar si tenía competencia, pues si se analiza su dictamen se observará que asimismo ha ido analizando todos los requisitos establecidos en la normativa para ver si se cumplían, incluso, yendo más allá del examen de la norma esgrimida por el FIDA al hacer su petición consultiva, trayendo a colación otras reglas jurídicas. En este sentido, echo de menos que la Corte no haya indagado sobre el particular,

---

<sup>31</sup> Sí, resulta llamativa y chocante la actitud de la Corte en este punto; y mucho más cuando es la propia Corte en su dictamen la que ha subrayado el papel de coordinación del ECOSOC con los organismos especializados en virtud del capítulo X de la Carta, papel que, señala la Corte, incluso se ha visto reforzado expresamente por la Asamblea General de las Naciones Unidas autorizándole al mentado Consejo a solicitar opiniones consultivas. (*Ibidem*, pp. 11 y 12, párr. 26). Siendo así las cosas, extraña, por ignorarlo, que la Corte no se haya comportado en autos en consonancia con lo que proclama en relación a ese papel que debiera jugar el ECOSOC en sus relaciones con los organismos especializados, porque esa coordinación mal se puede ejercer si el órgano llamado a desempeñar tal función no es informado por quien tiene la obligación jurídica, en este caso el FIDA, de hacerlo.

abortando por sí misma la posibilidad de clarificar el valor jurídico de dicha cláusula, y que no se haya comportado en relación con este aspecto tan meticulosamente como ha hecho respecto del contenido del resto de normas que ha tenido en cuenta para averiguar si era o no competente.

Precisamente con esa pretensión, la Corte ha indagado que se haya cumplido el requisito material de la petición consultiva, esto es, que la cuestión que se dé en el ámbito de actividad del FIDA sea de carácter jurídico (siempre y cuando la misma no afecte ni a las relaciones mutuas del Fondo y las Naciones Unidas ni a otros organismos especializados). En este orden de cosas, el órgano judicial ha estimado que el hecho de que el Fondo solicite la revisión de un fallo concerniente a su estatus de organización anfitriona del Mecanismo Mundial y el punto de saber si este era empleador de la señora A. T. S. G. suscitaban efectivamente ciertas cuestiones jurídicas que se planteaban en el ámbito de actividad del Fondo; y que habiéndose establecido que la autorización otorgada al Fondo excluía las relativas a las relaciones recíprocas entre este y las Naciones Unidas o con otros organismos especializados, ello no impedía a la Corte examinar las relaciones del Fondo con el Mecanismo Mundial o la Conferencia de las Partes (en la Convención sobre la desertificación citada, señalo por mi parte) que no son organismos especializados, en la medida en que estas relaciones son pertinentes respecto de las cuestiones sometidas a la Corte por el FIDA.

En consecuencia con esto, la Corte concluye que el Fondo tenía capacidad para someter mediante una opinión consultiva la cuestión de la validez de la decisión dada por el TAOIT y que ella tenía competencia para examinar la petición de dictamen; por eso la Corte, a continuación, se viene a interrogar, ya que esta competencia estaba sin embargo subordinada al artículo XII del anexo al Estatuto del Tribunal, por el alcance de dicha disposición. En este sentido, tras aclarar que el fallo emitido por el Tribunal respecto de una demanda interpuesta por un funcionario es definitivo y sin apelación<sup>32</sup>, la Corte ha señalado, sin explicitarlo así, la excepcionalidad del mecanismo de revisión de un fallo del TAOIT, viniendo a observar que las disposiciones que otorgan a su dictamen fuerza obligato-

---

<sup>32</sup> La Corte se refería al artículo VI, párrafo 1, del Estatuto del TAOIT.

ria<sup>33</sup> sobrepasaban el alcance atribuido por la Carta y por su Estatuto a una opinión consultiva, y ha establecido los límites que, según tal artículo XII del anexo del Estatuto del Tribunal, le son impuestos para tener en cuenta una petición de revisión de un fallo del mismo realizada por un organismo especializado autorizado a dirigirse a la Corte consultivamente. Estos límites obedecen a dos motivos: uno, porque el Tribunal haya confirmado su competencia de manera errónea u, otro, porque su decisión haya estado viciada por una falta esencial en el procedimiento seguido<sup>34</sup>.

Pero, en realidad, al aludir a esos límites lo que ha llevado a cabo la Corte es precisar o determinar la naturaleza jurídica del recurso de revisión interpuesto consultivamente respecto de los fallos del Tribunal Administrativo de la OIT. En efecto, la Corte ha insistido en la idea<sup>35</sup> de que el procedimiento de revisión ni constituye una apelación en cuanto al fondo del fallo ni puede ser transformado en un procedimiento contra la manera en que la competencia haya sido ejercida o contra el fondo de la decisión<sup>36</sup>. Y en este sentido, abordando el análisis de la primera causa para activar su instancia en la vía consultiva mencionada, ha subrayado la dife-

---

<sup>33</sup> A este efecto, la Corte ha esgrimido el artículo XII del Estatuto del Tribunal y el artículo XII de su anexo.

<sup>34</sup> En este sentido, la Corte ha observado que en lo concerniente al artículo XII del Estatuto del TAOIT sólo su párrafo 1 es modificado por el anexo del mismo, quedando su párrafo 2 (que no está enunciado en el anexo) aplicable sin cambio respecto de las organizaciones internacionales que hayan hecho la declaración prevista en el artículo II, párrafo 5, del Estatuto del Tribunal. Por ello, continúa la Corte, el texto del artículo XII del anexo citado por el FIDA comprende dos párrafos. Por lo que, concluye la Corte, en el presente dictamen, cuando ella se refiera al artículo XII del anexo al Estatuto del TAOIT, debe entenderse que dicho artículo comprende tanto el párrafo 1 tal como ha sido modificado cuanto el párrafo 2 original del artículo XII del Estatuto. (Véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 5, párr. 1, n. 1).

<sup>35</sup> Como estableciera en 1956. (Véase *Jugements du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail sur requêtes ... cit.*, C. I. J. *Recueil*, 1956, pp. 98 y 99). Respecto de este dictamen puede verse, entre otros, René de Lacharrière: "Avis consultatif sur les jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'U.N.E.S.C.O.", *Annuaire Français de Droit International*, vol. II, 1956, pp. 383 a 397.

<sup>36</sup> Véase *Jugements du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail sur requêtes ... cit.*, C. I. J. *Recueil*, 1956, pp. 98 y 99.

rencia, que es muy importante en el régimen jurídico del Tribunal Administrativo, matiza la Corte, entre la competencia y el fondo<sup>37</sup>. En esa línea de pensamiento, ha declarado que el hecho de que el Tribunal hubiera bien o mal juzgado el fondo, que hubiera bien o mal interpretado y aplicado el Derecho para juzgar el fondo, no afecta a su competencia. Esta debe ser apreciada buscando si la demanda era de aquellas cuyo examen en cuanto al fondo corresponde al conocimiento del Tribunal Administrativo según las disposiciones que regulan la competencia de este. Añadiendo la Corte que los errores que el Tribunal Administrativo pueda cometer en relación con su competencia son susceptibles de ser subsanados por ella mediante una demanda de opinión proveniente del Consejo Ejecutivo (de las organizaciones distintas de la OIT que hayan admitido la competencia de su Tribunal Administrativo, en nuestro caso, de la Junta Ejecutiva del FIDA por delegación de su Consejo de Gobernadores), mientras que los errores de hecho o de Derecho que cometiera el Tribunal Administrativo en sus fallos sobre el fondo no pueden dar lugar a tal procedimiento: a sus fallos respecto del fondo se aplica pura y simplemente la disposición del artículo VI del Estatuto del Tribunal según el cual los fallos de este son definitivos y sin apelación<sup>38</sup>.

De igual manera, incidiendo en esa idea de que ella no puede estatuir bajo el recurso de revisión respecto del fondo del asunto, la Corte ha subrayado, analizando el segundo motivo de contestación, esto es, la existencia de una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT, que dicho motivo concierne al procedimiento y no al fondo del fallo y para ello ha traído a colación su jurisprudencia anterior en relación con esa causa de revisión, bien que en referencia al extinto recurso de revisión establecido en el Estatuto del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas<sup>39</sup>. En efecto, aunque se puede apreciar, como la propia Corte ha reconocido, una diferencia en el tenor de las disposiciones de este Estatuto con el del Estatuto del TAOIT -aquél requería de *un error fundamental en el procedimiento que hubiera impedido que se hiciera justicia*

---

<sup>37</sup> Nótese que en este contexto la Corte no ha hecho sino que citar su opinión consultiva de 1956 (*ibidem*, p. 87).

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> La Corte ha aludido al asunto *Application for Review of Judgement No. 158 ... cit.*, I. C. J. Reports, 1973, p. 209, párr. 92.



mientras que este se refiere a *una decisión viciada de una falta esencial en el procedimiento seguido*<sup>40</sup>-, ella no ha encontrado diferencia material en cuanto a la consecuencia jurídica que se deduce de tales disposiciones dado que, para la Corte, esta diferencia en la redacción no modifica sin embargo el alcance de este motivo de contestación<sup>41</sup>.

En consecuencia con ello y viniendo a concluir que la demanda de opinión consultiva estaba dentro de los límites del poder de revisión otorgado por el artículo XII del anexo al Estatuto del TAOIT, la Corte se considera competente para conocer del asunto<sup>42</sup>.

#### **4. El papel de la Corte en su función consultiva: tribunal de justicia y discrecionalidad**

No obstante lo anterior, la Corte no se ha limitado exclusivamente a admitir su competencia respecto del asunto que venimos analizando, sino

---

<sup>40</sup> La cursiva es mía.

<sup>41</sup> La Corte, teniendo como sustrato de su posición la vigencia, sin decirlo así, de un principio que ella considera fundamental o de rango superior en este ámbito de cosas, el principio de protección jurisdiccional del funcionario internacional, ha destacado que en los asuntos de los que conoce el Tribunal Administrativo, la idea de base es que un funcionario tiene el derecho fundamental de exponer su causa, sea oralmente sea por escrito, y de estar seguro de que el Tribunal la estudiará antes de estatuir sobre sus derechos. Un error de procedimiento, continúa la Corte, es esencial y constituye un fracaso de la justicia si conduce a violar el derecho del funcionario a ser imparcialmente escuchado y, en este sentido, se impide que se le haga justicia. Y destacando la dificultad de definir con precisión los errores de procedimiento (insisto, refiriéndose la Corte al extinto artículo 11 del Estatuto del TANU), esta afirma que ciertos elementos del derecho de ser imparcialmente escuchado son sin embargo bien conocidos y constituyen útiles criterios para determinar los casos de errores procedimentales esenciales que provocan un fracaso de la justicia; y así da como ejemplos el derecho de tener acceso a un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley; el derecho de obtener una decisión de la justicia en un plazo razonable; el derecho de tener, en condiciones razonables, la facultad de presentar su causa al tribunal y de comentar las tesis del adversario; el derecho a la igualdad con este en el procedimiento; y el derecho de obtener una decisión motivada. (Véase p. 13, párr. 30, del dictamen de 2012).

<sup>42</sup> Por unanimidad.

que, siguiendo una práctica que viene siendo habitual en ella, ha querido exaltar tanto lo que entiende es su papel en la vía consultiva como, por añadidura, reafirmar su condición de participante o actuante primordial en todo procedimiento consultivo. En este sentido, en su dictamen de 2012 ha vuelto a insistir en su viejo argumento, del que más recientemente también se ha hecho eco<sup>43</sup>, de que siendo una Corte de Justicia no puede separarse, ejerciendo su competencia consultiva, de las reglas esenciales que regulan su actividad de tribunal<sup>44</sup>, y de igual manera ha traído a colación su condición de órgano principal de las Naciones Unidas, confirmando, como ya hiciera en 1950<sup>45</sup>, que el ejercicio de aquella competencia constituía su participación en la acción de la Organización, por lo que, en principio, una demanda consultiva no debía ser rechazada<sup>46</sup>. Y además la Corte, pese a que esté predispuesta normalmente a manifestarse respecto de una petición consultiva, ha corroborado su cometido primordial en el ejercicio de su función consultiva poniendo en evidencia que el hecho mismo de que se produzca tal petición no quiere decir que necesariamente tenga que aceptarla dando una respuesta, por estar obligada jurídicamente a ello, sino que, como se deduce de la lectura del

---

<sup>43</sup> La Corte se ha referido al asunto relativo a la *Conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo* (véase I. C. J. Reports, 2010, p. 416, párr. 29; dictamen de 22 de julio de 2010). Por lo demás, sobre este controvertido asunto pueden verse, entre otros, el número monográfico, en el que han colaborado varios autores españoles, de la *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII (1), 2011; y Bermejo García, Romualdo-Gutiérrez Espada, Cesáreo: “La declaración unilateral de independencia de Kosovo a la luz de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010 y de las declaraciones, opiniones individuales y disidentes a la misma”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXVI, 2010, pp. 7 a 59.

<sup>44</sup> La Corte en su dictamen ha hecho referencia al asunto sobre el *Estatuto de la Carelia oriental* decidido por su antecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional (véase *Publications of the Permanent Court of International Justice*, serie B, n.º 5, pp. 1 a 29, en concreto pág. 29; dictamen de 23 de julio de 1923).

<sup>45</sup> En el asunto de la *Interpretación de los tratados de paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumanía* (primera fase), dictamen de 30 de marzo de 1950 (véase C. I. J. *Recueil*, 1950, pp. 65 a 119).

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 71. En realidad, la Corte, con estos planteamientos y como ella asimismo ha señalado, no ha pretendido sino preservar su integridad como instancia judicial, incluso ejerciendo su competencia consultiva.

artículo 65 de su Estatuto y la Corte mismamente ha estimado<sup>47</sup>, el que responda a una petición de aquel carácter obedece a su discrecionalidad, esto es, a que considere o no pertinente dar su opinión atendiendo al caso particular que se le somete, quedando por tanto dentro de su poder decisorio la emisión final de su dictamen o el declinar hacerlo.

Pero el que la Corte haya guardado para sí, también en 2012, el poder discrecional de finalmente dar o no un dictamen, lo que en realidad ha puesto de manifiesto, aparte de hacer valer que no es una mera comparencia en el procedimiento consultivo, es su papel de protagonista necesaria para que toda solicitud se concrete definitivamente con el pronunciamiento de su opinión; es decir, al proclamar la tenencia de ese poder lo que la Corte ha venido a significar es que en ella reside en última instancia todo el sistema consultivo diseñado, dado que este depende de su apreciación y en consecuencia de su decisión de considerar apropiado o no emitir su opinión en cada caso concreto. No obstante, siendo esta la posición general de la Corte ante cualquier petición consultiva, también es verdad que, como ella misma ha declarado, sólo razones decisivas pueden justificar un rechazo a una solicitud consultiva<sup>48</sup>. Por tanto, lo pertinente es preguntarnos si se han dado esas razones decisivas para que la Corte pudiera rechazar dar su opinión a la solicitud planteada por el FIDA.

## **5. La igualdad procesal en el procedimiento consultivo de revisión ante la Corte: ¿cuestión pendiente?**

Es precisamente a efectos de contestar la pregunta respecto de si han existido esas razones decisivas en donde hay que situar el problema

---

<sup>47</sup> Basándose en el carácter permisivo de dicho artículo de su Estatuto. En este sentido, véase el asunto, por ejemplo, *Jugements du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail sur requêtes ... cit.*, C. I. J. Recueil, 1956, p. 86; aunque ya en 1950 ese carácter había sido destacado por la propia Corte (véase *Interpretación de los tratados de paz concluidos con Bulgaria, ... cit.*, C. I. J. Recueil, 1950, p. 72).

<sup>48</sup> Véase *Jugements du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail sur requêtes ... cit.*, C. I. J. Recueil, 1956, p. 86.

más interesante que seguramente se deduce de la petición del dictamen hecha a la Corte, problema que, por cierto, no es nada nuevo en su instancia: el de la igualdad procesal<sup>49</sup>. En este sentido, nótese que el procedimiento consultivo que se lleva a cabo ante la Corte, tal como está previsto normativamente para la generalidad de los casos, tiene un carácter no contradictorio<sup>50</sup>, esto es, por su propia vocación tal procedimiento carece *stricto sensu* de parte demandada, por lo que no hay derechos e intereses que se puedan contraponer en igualdad de condiciones y recíprocamente en juicio. No obstante, ello no ha impedido que con el transcurso del tiempo en su práctica y dentro de lo posible la Corte lo haya ido asimilando, en cuanto al desarrollo del mismo se refiere, al procedimiento con-

---

<sup>49</sup> Significativo de ese interés me parece el hecho de que sobre el particular el juez Cançado Trindade haya emitido una relativamente extensa opinión individual y que el juez Greenwood haya hecho una declaración. (Sus textos pueden verse en la página web de la Corte); manifestaciones que en general comparto. No obstante, me pregunto si era estrictamente necesario para la comprensión y eficacia del dictamen, adoptado por unanimidad no debe olvidarse, hacer esas manifestaciones individuales por dichos jueces aparte del dictamen de la Corte conociendo como conocen los límites que esta tiene y que ella no ha obviado en absoluto señalar, como se verá en seguida. Ciertamente, toda manifestación de un juez, sea constitutiva de una opinión individual, de una opinión disidente o de una mera declaración, puede enriquecer la decisión tomada por el órgano judicial, pero creo que en bastantes ocasiones el juez internacional tiende más de lo debido a resaltar su posición personal ante las cuestiones jurídicas sobre las que debe estatuir formando parte del órgano colectivo. [Esta cuestión que señalo, la existencia de esas manifestaciones, no es tampoco ajena a la Corte, como por ejemplo han puesto de relieve Paul Tavernier (véase “L’avis consultatif de la Cour Internationale de Justice du 27 mai 1987 dans l’affaire de la demande de réformation du jugement n°. 333 du Tribunal administratif des Nations Unies (Affaire Yakimetz)”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. XXXIII, 1987, pp. 221 a 225) y la propia Corte (véase *Application for Review of Judgement No. 333... cit.*, I. C. J. Reports, 1987, pp. 45 a 47, párrs. 49 a 53). Asimismo, creo interesante que se vea sobre este particular a David Ruzié: “L’avis consultatif de la Cour internationale de justice du 27 mai 1987 dans l’affaire de la demande de réformation du jugement n°. 333 du Tribunal administratif des Nations Unies”, *Journal du Droit International*, vol. 115, 1988, pp. 78 y 79].

<sup>50</sup> Respecto del principio de contradicción procesal, creo de interés que se vea el libro colectivo, bajo la dirección de Hélène Ruiz Fabri y Jean-Marc Sorel, *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, A. Pedone, París, 2004, en particular pp. 7 a 47.

tencioso<sup>51</sup>. Ahora bien, esto lejos de ser antinómico no ha significado sino un perfeccionamiento del procedimiento consultivo y a la larga una forma de actuar procesal relativamente uniforme para el órgano judicial, pero también ha encontrado el obstáculo, para cuando la Corte obra como una jurisdicción de recurso de carácter administrativo, es decir, cuando el acceso a ella consultivamente es excepcional<sup>52</sup>, de que hay derechos e intereses en presencia sobre los que debe estatuir que no pueden ser sustentados directamente en el procedimiento consultivo por quien realmente los ostenta (o puede ostentarlos) y que se ha constituido como parte en el proceso que da origen a la participación consultiva de la Corte revisando un fallo de un Tribunal Administrativo. En efecto, como quiera que cuando actúa como esa jurisdicción de recurso administrativo sólo puede intervenir en el procedimiento consultivo la entidad internacional legitimada para acceder a la Corte<sup>53</sup> y la persona que tuvo la condición de parte en el proceso original ante el tribunal administrativo no, se produce un claro desequilibrio en cuanto al uso de los medios procesales que otorga aquel procedimiento<sup>54</sup>, pues, una, la entidad peticionaria, está en

---

<sup>51</sup> Sin embargo, téngase en cuenta, como la propia Corte ha estimado, que, aunque el artículo 68 de su Estatuto prevea que en el ejercicio de sus atribuciones consultivas ella se guiará además por las disposiciones del Estatuto que se apliquen en materia contenciosa, esa asimilación no puede ser total puesto que dicha aplicación se dará en la medida en que la Corte la considere pertinente dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, respecto de las cuales el órgano judicial tiene un amplio poder de apreciación. (Véase en este sentido *Interpretación de los tratados de paz concluidos con Bulgaria*, ... *cit.*, C. I. J. *Recueil*, 1950, p. 72).

<sup>52</sup> No es esta la única excepción al diseño general de la jurisdicción consultiva de la Corte. Para más ejemplos en este sentido puede verse, entre otros, Hinojo Rojas, Manuel: *A propósito de la jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1997, pp. 76 a 81.

<sup>53</sup> Con independencia de la posible participación de los Estados y de las organizaciones internacionales; los cuales tienen la facultad de presentar exposiciones escritas u orales a la Corte en virtud del artículo 66 de su Estatuto. (En el dictamen de 2012 ha hecho uso de esa facultad Bolivia; Estado que, por cierto, no es el de nacionalidad de la señora A. T. S. G., ciudadana venezolana).

<sup>54</sup> Sobre la cuestión de la igualdad de las partes puede verse, entre otros, Paul Tavernier: "L'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice du 20 juillet 1982 dans l'affaire de la demande de réformation du jugement n°. 273 du Tribunal administratif

disposición de utilizar los normativamente establecidos mientras que, la otra, la persona física que es funcionaria, absolutamente ninguno ya que como tal persona le está vedado el acceso a la Corte.

Pero este problema no es nuevo, como digo, sino que la Corte se ha enfrentado a él cada vez que en su historia ha tenido que actuar revisando un fallo de un tribunal administrativo, lo que le ha servido a la propia Corte para mostrar su preocupación respecto de un elemento primordial de la buena administración de la justicia, señala: el principio de igualdad ante la Corte entre la organización, de un lado, y el funcionario, de otro<sup>55</sup>. Y, como quiera que este problema ha vuelto a aparecer con ocasión de la petición consultiva del FIDA, la Corte lo ha analizado en el contexto de aquella preocupación<sup>56</sup>; aludiendo al artículo XII del Estatuto del TAOIT y de su anexo, manifestando que suscita dos cuestiones: la desigualdad de acceso a la Corte y las desigualdades en el procedimiento ante ella. Respecto de la primera, recordando su jurisprudencia de 1956, ha indicado, entre otras cosas, que la desigualdad de acceso a la Corte en la vía consultiva -ya que sólo puede acudir a la Corte la entidad que tiene reconocido ese derecho y no el funcionario- en realidad no es una desigualdad ante ella y que no afectaba a la manera en que la Corte procedía al examen de la cuestión<sup>57</sup>. Respecto de la segunda, asimismo recordando

---

des Nations Unies (affaire Mortished)", *Annuaire Français de Droit International*, vol. XXVIII, 1982, pp. 403 y 404.

<sup>55</sup> En efecto, incluso como la propia Corte ha indicado, esta cuestión se ha presentado en el contexto de las cuatro demandas de revisión de los fallos del TANU y del TAOIT anteriores a la petición del FIDA. Así, respecto del TANU en los asuntos *Application for Review of Judgement No. 158 ... cit.*, I. C. J. Reports, 1973, en particular pp. 178 a 183, párrs. 32 a 40; *Application for Review of Judgement No. 273 ... cit.*, I. C. J. Reports, 1982, en especial pp. 338 a 348, párrs. 29 a 45; y *Application for Review of Judgement No. 333 ... cit.*, I. C. J. Reports, 1987, pp. 31 a 33, párrs. 25 y 26; aunque en este asunto de manera mucho más indirecta que en el resto de los asuntos citados en esta nota. Y respecto del TAOIT en el asunto *Jugements du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail sur requêtes ... cit.*, C. I. J. Recueil, 1956, en particular, pp. 84 a 87. (Véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 14, párr. 35).

<sup>56</sup> Como ya hiciera en su opinión consultiva de 1956 citada.

<sup>57</sup> Véanse p. 15, párr. 37, del dictamen de 2012. [También decía la Corte en 1956, como asume en 2012, que esa desigualdad era anterior al examen de la cuestión

su posición de 1956<sup>58</sup>, ha señalado que, tras haber analizado si existía una desigualdad de acceso a ella, no responder a una demanda de opinión consultiva comprometería el funcionamiento del régimen establecido por el Estatuto del Tribunal Administrativo en orden a la protección jurisdiccional de los funcionarios<sup>59</sup>; pero ha formulado, volviendo sobre esta cuestión cincuenta años más tarde, en palabras de la Corte, dos observaciones: una, de orden específico, a propósito de la utilización concreta que se ha hecho del procedimiento de revisión<sup>60</sup>; otra, de carácter general, concierne a la evolución de la noción de igualdad ante las cortes y tribunales durante ese tiempo<sup>61</sup>, es decir, desde 1946<sup>62</sup> hasta el momento de emisión del dictamen.

Ahora bien, dejando de lado otras consideraciones hechas en su dictamen e incluso las posiciones al respecto del FIDA y de la señora A. T. S. G.<sup>63</sup>, lo cierto es que para la Corte, como ya dijera en 1956, el principio de igualdad entre las partes proviene de las exigencias de una

---

por la Corte y que en la especie la misma era más bien algo teórico (véase *Jugements du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail sur requêtes ... cit.*, C. I. J. *Recueil*, 1956, p. 85)].

<sup>58</sup> Véase *Jugements du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail sur requêtes ... cit.*, C. I. J. *Recueil*, 1956, p. 86.

<sup>59</sup> Véanse pp. 15 y 16, párr. 38, del dictamen de 2012. (Respecto de esta cuestión aludida por la Corte puede verse Hinojo Rojas, Manuel: “El principio de protección jurisdiccional de los funcionarios de las Naciones Unidas: Una lectura estatutaria”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXV, 2009, pp. 67 a 118).

<sup>60</sup> En el caso de los dos tribunales, el de las Naciones Unidas y el de la OIT, dice la Corte. Analizando el procedimiento de revisión, la Corte ha indicado que el elemento central en la protección jurisdiccional de los funcionarios ha sido el otorgamiento del derecho de contestar las decisiones tomadas en su contra por su empleador ante un órgano judicial independiente que aplica procedimientos regulares. (Véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, pp. 15 y 16, párr. 38).

<sup>61</sup> Para ello se ha servido de algunas Observaciones Generales al respecto del Comité de Derechos Humanos establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (*ibidem*, p. 16, párr. 39).

<sup>62</sup> Fecha en la que el procedimiento de revisión fue establecido.

<sup>63</sup> En este contexto, véanse pp. 16 a 18, párrs 40 a 43, inclusive, de su dictamen de 2012.

buena administración de la justicia<sup>64</sup> y que la igualdad de acceso a los procedimientos de apelación o a otros recursos disponibles, salvo excepción fundada en motivos objetivos y razonables, debe a partir de ahora, dice la Corte, ser parte integrante de este principio. Por eso, el órgano judicial se pregunta si es hoy posible que el sistema establecido en 1946 satisfaga efectivamente el principio moderno de igualdad de acceso a las cortes y tribunales<sup>65</sup>.

Pero, tras este a modo de declaración de principios sobre el particular, el problema sigue subsistiendo; cuando además, como la propia Corte ha señalado, no le pertenece a ella reformar este sistema, sino sólo velar por que la igualdad sea en la medida de lo posible asegurada en los procedimientos que se desarrollan en su instancia. Entonces, ¿cómo la Corte ha salido del atolladero? O ¿cómo ha sido congruente con ese papel de vigía que se auto-otorga? Si como ella en buena lógica jurídica, incluso señalado por sí misma, no puede ocupar el lugar del legislador, ¿cómo ha logrado conseguir la igualdad en el procedimiento? ¿Cómo ha logrado superar ese formalismo de las normas que impide el acceso de los particulares a su instancia?

Efectivamente, desde una perspectiva formal la normativa no hace posible que el particular sea parte en el procedimiento consultivo de recurso administrativo y por tanto impide que este participe por sí en su instancia para hacer valer directamente sus derechos e intereses en juicio; pero la Corte se ha situado en un plano material de aplicación del Derecho para solventar la cuestión, esto es, ha buscado y encontrado las fórmulas jurídicamente adecuadas para que finalmente se hiciera justicia o, como ella misma ha dicho, se produjera una buena administración de la justicia. En este sentido, tres vías ha establecido a tales efectos. Por un lado, ha instado al Presidente del Fondo a que le transmitiera cualquier

---

<sup>64</sup> Véase *Jugements du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail sur requêtes ... cit.*, C. I. J. *Recueil*, 1956, p. 86.

<sup>65</sup> En este sentido, un miembro de la Corte ha hecho una pregunta al FIDA y a la señora A. T. S. G. dirigida a conocer su respectiva opinión en cuanto a la incidencia que podría haber tenido la evolución de la noción de igualdad de las partes ante las cortes y los tribunales desde 1946 (véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 9, párr. 16 y pp. 16-17, párrs. 40-41).



declaración en la que expusiera sus puntos de vista la señora A. T. S. G. y que esta deseara poner en conocimiento de la Corte<sup>66</sup>. Por otro lado, ha acordado los mismos plazos a la interesada y al Fondo para someter tanto sus exposiciones escritas iniciales como las posteriores observaciones, también escritas, a las mismas<sup>67</sup>. Y en tercer lugar, ha decidido que no habría fase oral en el procedimiento<sup>68</sup>, dado que, como la propia Corte señala, su Estatuto no permite a las personas físicas participar en caso parecido en las audiencias, mientras que las organizaciones internacionales concernidas sí lo podrían hacer<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Con ese proceder de la Corte, en el que por intermediación de la entidad peticionaria de la opinión consultiva el funcionario, esto es, la persona física, puede comparecer en autos, el órgano judicial ha seguido una vía que por primera vez exploró y concretó en este contexto de cosas en su dictamen de 1956. (Véase *Jugements du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail sur requêtes ... cit.*, C. I. J. *Recueil*, 1956, p. 86). Ese papel de intermediación ha sido tan notorio que incluso la Corte, guardando la formalidad del Derecho que regula su actividad, ha informado, a través del Secretario de la misma, al abogado de la señora A. T. S. G. que en el ámbito del procedimiento de revisión del fallo de un tribunal administrativo no era posible al requirente ante tal tribunal dirigir directamente a la Corte comunicaciones para su examen y que cualquier comunicación que procediera de dicha señora debía ser transmitida a la Corte por medio del FIDA. (Véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 8, párr. 10).

<sup>67</sup> Con esa forma de conducirse, la Corte se ha comportado en realidad, bien que con un efecto *extra foro*, como si en autos hubiera habido un procedimiento contencioso ante ella.

<sup>68</sup> La Corte ha indicado que, en la especie, había tomado dos decisiones, tal como lo hiciera con ocasión de las cuatro demandas anteriores de revisión del fallo de un tribunal administrativo, que han sensiblemente atenuado la desigualdad ante ella del funcionario y de la institución que lo emplea; desigualdad derivada de las disposiciones de su Estatuto, enfatiza. (Véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 18, párr. 45). Sin embargo, aunque la Corte ha señalado expresamente que en la especie ha tomado dos decisiones, me parece que, en realidad, han sido tres las medidas adoptadas con esa pretensión.

<sup>69</sup> A este último efecto la Corte ha recordado su jurisprudencia anterior, esto es, sus dictámenes de 1956 y de 1973. (Véanse *Jugements du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail sur requêtes ... cit.*, C. I. J. *Recueil*, 1956, p. 86 y *Application for Review of Judgment No. 158 ... cit.*, I. C. J. *Reports*, 1973, pp. 179 y 180, párr. 34).

¿Y no estaría actuando *ultra vires* la Corte en las dos soluciones primeramente mencionadas, se preguntaría el jurista más encarnizadamente formalista o, si se quiere, exclusivamente positivista? Porque para este, en puridad, un órgano judicial no debe sino aplicar la norma (existente) y no categorías, formulaciones o soluciones no previstas por la propia norma, caso de haberla, reguladora de una situación concreta. Sí, ya sé -diría ese hipotético exacerbado positivista- que las cortes y tribunales tienen una amplia alforja donde sustentar sus posiciones jurídicas y en la cual pueden rebuscar para evitar el *non liquet* y así cumplir su función. Los principios generales del Derecho -entre ellos precisamente el de la buena administración de la justicia por los órganos jurisdiccionales-, la equidad, la propia interpretación de la norma, entre otros, son todos medios recurrentes donde toda decisión judicial puede apoyarse en aras de alcanzar ese fin, es decir, hacer justicia; pero si la norma *stricto sensu* no permite participar en el procedimiento desarrollado en sede de la Corte a la persona física, ¿puede lícitamente la Corte dar opción, mediante la interposición del Presidente del Fondo, a que el particular pueda remitirle los escritos donde plantea su posición jurídica?, ¿puede la Corte requerir al Presidente del Fondo a que reciba y le transmita esos escritos?, ¿puede hacerle a dicho Presidente ese requerimiento con carácter obligatorio para él?, ¿puede la entidad peticionaria del dictamen, mejor su Presidente en el caso del FIDA, negarse lícitamente, es decir, sin contravenir el Derecho, a recibir de la interesada tales escritos y a transmitirle a la Corte aquellos que tal interesada deseara hacerle llegar al órgano judicial? ¿Puede a la vez la entidad solicitante desempeñar un doble papel en el procedimiento; por un lado obrando como si fuera parte y por otro lado como si fuera *amicus curiae* de la Corte?<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Ciertamente, diría aquel formalista, los artículos 34,2 (en el sentido de que la Corte podrá solicitar de las organizaciones internacionales información relativa a los casos que se litiguen ante ella); 49 (que permite a la Corte, aun antes de empezar una vista, pedir a los agentes que produzcan cualquier documento o den cualesquiera explicaciones, como así se ha conducido en el caso la Corte según se puede constatar del párrafo 15 de su dictamen de 2012); 65,2 (según el cual el organismo que lleve cabo una solicitud de opinión consultiva deberá acompañar a dicha solicitud todos los documentos que puedan arrojar luz sobre la cuestión); y 66,2 (que posibilita que todo Estado con derecho a comparecer ante la Corte y toda organización internacional que a juicio de ella pueda suministrarle información sobre la cuestión) del Estatuto de la

Pero, con independencia de lo anterior, la Corte no ha sido nada formalista en autos, precisamente por perseguir, como último objetivo de su quehacer, que el funcionario no estuviera desprotegido jurisdiccionalmente, aunque en ese camino el comportamiento del FIDA en su cometido “de facilitador o de allanador” del acceso a la Corte a la funcionaria -cometido que como se deduce del dictamen de 2012 ha ejercido más bien a regañadientes- ha creado algunas dificultades, al menos de orden práctico siendo indulgentes, al órgano judicial<sup>71</sup>. Ello, sin embargo, no ha impedido que, haciendo una lectura material del Derecho, como ha hecho la Corte, esta haya afirmado que al término del procedimiento disponía de

---

Corte pueden dar bastante juego -como de hecho se deduce del dictamen de la Corte (véase párr. 3 del dictamen de 2012) en el que decide que el propio FIDA, sus Estados miembros y los Estados partes en la Convención sobre la lucha contra la desertificación con derecho a comparecer ante ella así como ciertos organismos especializados le faciliten información sobre la cuestión-, pero ¿hasta el punto de convertir al Presidente del FIDA en *cooperador necesario del proceso*?, concluiría el mentado formalista.

<sup>71</sup> La propia Corte ha señalado esas dificultades. Expresamente ha mencionado que tres dificultades han hecho que se retardara el procedimiento. La primera, el retraso en la entrega por parte del FIDA de la documentación pertinente que sirviera a la Corte para dilucidar la cuestión, quince meses en total desde el depósito de la petición consultiva y tras tres requerimientos de esta para su entrega, señala la Corte; la segunda, derivada del hecho de que el FIDA no ha informado en tiempo útil a la funcionaria de los escritos procesales que sometía a la Corte; y la tercera, porque, al menos en un primer momento, el FIDA no ha transmitido a la Corte ciertas comunicaciones de la funcionaria. (Para las apreciaciones de la Corte en este contexto, véanse pp. 18 y 19, párr. 46, de su dictamen de 2012 en conexión con los párrafos 13 a 15 del mismo).

Sin embargo, en honor a la verdad, quizás esa actitud poco colaboradora del FIDA con la Corte no se debiera estrictamente a que persiguiera ese fin, sino al propio planteamiento que sobre la cuestión tenía el Fondo por cuanto consideraba que las cuestiones sometidas a la Corte trataban exclusivamente de la aplicación y de la interpretación del Acuerdo concluido entre la Organización Internacional del Trabajo y el FIDA en el contexto del artículo XII: las personas físicas, añadía el Fondo, son excluidas de la relación institucional que es el objeto de los procedimientos previstos en el artículo XII. Consecuentemente, el Fondo consideraba que la demanda de opinión consultiva se refería no a una controversia entre el Fondo y la señora A. T. S. G., sino más bien a la relación entre el Fondo y la OIT en lo que concernía al TAOIT, órgano subsidiario de esta. (Véanse para las posiciones del Fondo pp. 16 y 17, párrs. 40 y 41, del dictamen de 2012 de la Corte).

todas las informaciones requeridas para estatuir sobre las cuestiones planteadas por el FIDA, situándose, continúa la Corte, tanto el Fondo como la funcionaria en condiciones de igualdad procesal y que en sustancia se haya satisfecho el principio de igualdad ante ella en el procedimiento, como lo exigían su cualidad de órgano judicial y la buena administración de la justicia.

Finalmente, la Corte no ha perdido la oportunidad para, bien que tácitamente, proclamar la necesidad de que el aspecto señalado en relación con su instancia sea modificado, mostrando expresamente su preocupación frente a la desigualdad de acceso a la Corte derivada del procedimiento de revisión previsto en el artículo XII del anexo al Estatuto del TAOIT; y ha añadido que teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias en la especie, en particular las medidas adoptadas por ella a fin de reducir la desigualdad en el procedimiento desarrollado ante sí, no ha encontrado razones suficientemente decisivas para rechazar dar una opinión consultiva<sup>72</sup>.

En esa línea de pensamiento y como a todas luces la equidad demanda, creo que el sistema actual ha de ser modificado para que efectivamente se pueda producir aquella buena administración de la justicia pretendida por la Corte. Adecuando la normativa al respecto, esto es, casando el principio de contradicción procesal (dándose acceso al funcionario a la Corte) con el principio de una buena administración de la justicia en el procedimiento de revisión administrativa desarrollado ante su instancia, se evitaría que el órgano judicial tuviera que buscar caminos, vericuetos o salidas para resolver en justicia que quizás puede pensarse por algunos llevarían a la Corte a extralimitarse en sus funciones. Ello no

---

<sup>72</sup> La Corte por unanimidad ha decidido dar curso a la opinión consultiva. No obstante, en este punto, la Corte se ha separado del planteamiento de la funcionaria para quien, entre otras cosas, los numerosos vicios en el procedimiento de recurso señalados por la Corte constituían una razón decisiva para rechazar la petición de opinión consultiva (véanse en mayor detalle los argumentos de la señora A. T. S. G. a este respecto en p. 16, párr. 40, del dictamen de 2012 de la Corte). Por su parte, sobre este particular, el FIDA sostenía que, si la Corte rechazaba dar su opinión consultiva, ello privaría de la posibilidad de ayudar a la comunidad internacional a clarificar la manera en que las reglas relativas a la competencia del TAOIT se aplican a las entidades albergadas por las organizaciones internacionales (véanse p. 23, párr. 59, del dictamen de 2012).

haría, por lo demás, sino que favorecer la certidumbre y la seguridad jurídicas que constituyen *prima facie* la vocación de cualquier orden jurídico, concordando, por añadidura, el Derecho formal y el Derecho material.

## 6. El fondo de la opinión consultiva emitida por la Corte

Abordando el fondo de la petición planteada por el FIDA y antes de pronunciarse concretamente sobre las diversas cuestiones sometidas a su opinión, la Corte ha establecido las bases jurídicas reguladoras del contrato de trabajo y de sus renovaciones de la señora A. T. S. G., las cuales iban a ser consideradas atendiendo a los textos en vigor en el momento en que se produjeron los hechos examinados<sup>73</sup>.

La Corte acometía de esta manera un conjunto de cuestiones, que bien podríamos denominar de preliminares, dirigidas a fijar su posición jurídica. En este sentido y aparte de constatar algunos hechos en relación con el asunto, ante las afirmaciones del FIDA de que la señora A. T. S. G. era funcionaria del Mecanismo Mundial y no del Fondo y que la situación profesional de la interesada debía ser apreciada a la luz del Acuerdo de acogimiento o de sede de dicho Mecanismo concluido entre el FIDA y la Conferencia de las Partes, la Corte ha indagado tanto las atribuciones de esas entidades como las relaciones que las unían. Así, primeramente la Corte se ha ocupado de las disposiciones de la Convención sobre desertificación relativas a la creación del Mecanismo Mundial, estableciendo que este debía funcionar bajo la autoridad y la dirección de aquella Conferencia y ser responsable ante ella. Además, ha establecido el marco de funcionamiento, según las disposiciones del texto convencional, de la Conferencia de las Partes y de la Secretaría Permanente, instituciones estipuladas por la citada Convención entre las que no se encuentra aquel Mecanismo Mundial. Entre otras atribuciones, la Conferencia tiene la facultad de crear órganos subsidiarios, aprobar su programa y su presu-

---

<sup>73</sup> La Corte se ha referido a los instrumentos jurídicos que regulaban la relación contractual de la interesada así como a otros que han modificado a los que originariamente reglamentaban dicha relación. (Véanse p. 19, párr. 49, de su dictamen de 2012).

puesto y acordar las disposiciones necesarias que garanticen el funcionamiento de una Secretaría Permanente, mientras que esta tiene por función, entre otras, la de concluir, según las directrices de la Conferencia de las Partes, los acuerdos administrativos y contractuales que puedan ser necesarios para el eficaz cumplimiento de tales funciones. En este orden de cosas, la Corte ha subrayado que en virtud de un Acuerdo de vinculación entre la Conferencia de las partes y las Naciones Unidas, la citada Secretaría de la Convención se ha vinculado institucionalmente con la Organización y ha funcionado bajo la autoridad del Secretario General en su condición de más alto funcionario de las Naciones Unidas, pero sin estar integrada plenamente en el programa de trabajo ni en la estructura administrativa de un departamento o programa particular. Y, a mayor abundamiento, ha incidido en el hecho de que en razón del Acuerdo relativo a la sede de la Secretaría Permanente de la Convención adoptado en 1998 entre la propia Secretaría, el gobierno de la República Federal de Alemania y las Naciones Unidas, la mencionada Secretaría tiene, en el Estado anfitrión, capacidad jurídica para contratar, para adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles y para promover acciones legales.

Estos argumentos, y otros parecidos que he obviado traer a colación, han servido a la Corte para declarar, aparte de constatar, insisto, que el Mecanismo Mundial no era una institución de las establecidas en la parte correspondiente de la Convención, que este no había sido expresamente dotado ni por la Convención ni por un acuerdo de sede, tal como el relativo a la Secretaría Permanente, de la capacidad para concluir contratos o acuerdos y que del expediente sometido a su instancia se desprendería que nunca lo hubo hecho<sup>74</sup>. Pero es que además, en la búsqueda de la naturaleza jurídica del mencionado Mecanismo, la Corte se ha referido al acogimiento de este por el FIDA. Así, mencionando el texto del Memorándum de acuerdo referente a las modalidades administrativas y

---

<sup>74</sup> A efectos de la determinación de la naturaleza jurídica del Mecanismo Mundial, véanse por su interés pp. 21, 22 y 23, párrs. 54, 57 y 61, respectivamente, del dictamen de 2012 de la Corte. Por lo demás, pese a que hubo el requerimiento por parte del FIDA al Director General del Mecanismo Mundial de que le fuera remitida una lista exhaustiva de todos los acuerdos y documentos firmados por dicho Mecanismo con otras entidades públicas y privadas, el Fondo no ha podido demostrar la existencia de tales circunstancias, pues sencillamente sus exposiciones escritas no contenían, como señala la Corte, lista alguna en ese sentido.

operacionales del Mecanismo Mundial firmado entre la Conferencia de las Partes y el FIDA en 1999, ha puesto de manifiesto que se deducían de dicho texto extremos, entre otros, como los siguientes: que el Mecanismo tiene una identidad distinta, pero que constituye un elemento orgánico de la estructura del Fondo y depende directamente de su Presidente; que el Director General del Mecanismo es nombrado por el Presidente del Fondo y que rinde cuentas directamente a este; que el Mecanismo funciona bajo la autoridad de la Conferencia de las Partes, ante la cual es plenamente responsable de sus actividades; que hay un vínculo jerárquico directo entre su Director General, el Presidente del Fondo y la Conferencia de las Partes, a la cual aquel Director General somete informes en nombre del Presidente del Fondo; que el programa de trabajo y el presupuesto del Mecanismo Mundial, incluido el conjunto del personal previsto, son establecidos por el Director General bajo el examen y aprobación del Presidente del Fondo y transmitido al Secretario ejecutivo de la Convención, para su examen, a fin de elaborar un proyecto de presupuesto de la Convención; que los recursos del Mecanismo son aportados por el Fondo; que el Director General presenta en cada sesión ordinaria de la Conferencia de las Partes, en nombre del Presidente del Fondo, un informe sobre las actividades del Mecanismo; y que este está instalado en la sede del Fondo en Roma en donde tiene plenamente acceso a toda la infraestructura administrativa, incluyendo el uso de los locales de los que tiene necesidad y los servicios de gestión de personal, financieros, de comunicaciones y de información.

Sí, como la Corte también ha señalado, la situación del Mecanismo Mundial se distingue de la del FIDA, su organización de acogida o anfitriona; porque si el Fondo tiene personalidad jurídica internacional<sup>75</sup>, el Mecanismo Mundial no disfruta de esa condición dado que, dice la Corte, ni la Convención (sobre desertificación) ni el Memorándum de acuerdo confieren expresamente al Mecanismo la personalidad jurídica o le reconocen de ninguna manera la capacidad de concluir acuerdos jurídicos<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> La Corte se ha referido a varias disposiciones del Tratado constitutivo del FIDA que en ese sentido justifican tal calificación. (Véase p. 23, párr. 58, de su dictamen de 2012).

<sup>76</sup> En conclusión, como ha venido a establecer la Corte, a la luz de los diferentes instrumentos (los relativos a la creación del FIDA, a la Conferencia de las Partes, al

Por lo demás y antes de abordar la primera de las cuestiones planteadas, que como ya he dicho me parece la nuclear de la solicitud consultiva, la Corte ha subrayado, mostrándose crítica, que las que se le han sometido deberían haber sido redactadas en términos neutros sin implicar conclusiones sobre los puntos de Derecho contestados ni comprendiendo razonamientos o argumentos y que ellas en la especie se apartaban de esta exigencia que refleja la práctica habitual, pero que, no obstante ello, la Corte las respondería. En este sentido, la Corte ha interpretado el contenido de la primera cuestión concluyendo que lo que se le pedía era dar su opinión sobre la competencia del TAOIT para conocer de la demanda formulada contra el FIDA por la señora A. T. S. G. el 8 de julio de 2008; y, a este respecto, ha enmarcado la competencia de dicho Tribunal en relación con las demandas introducidas por los funcionarios de organizaciones distintas de la OIT en el párrafo 5 del artículo II de su Estatuto<sup>77</sup>, del cual se infiere, en términos de la Corte, que el TAOIT no puede ejercer su competencia nada más que si él es instado por una demanda que invoque la inobservación del contrato de los funcionarios de una organiza-

---

Mecanismo Mundial y a la Secretaría Permanente) así como de la práctica deducida del expediente sometido a su instancia, el Mecanismo Mundial no tenía ninguna facultad para concluir contratos, acuerdos o arreglos, en el ámbito internacional o nacional, ni ha pretendido ejercer tal facultad. (Véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 63, párr. 61).

Nótese que, aparte de que para la Corte esta consecuencia de las cosas es muy importante para su respuesta a las cuestiones planteadas por el FIDA, uno de los aspectos más interesantes de su dictamen es precisamente este, es decir, el referido al tema de la naturaleza jurídica de las entidades u órganos de las mismas que están acogidos por otras entidades internacionales; y aunque la Corte se ha cuidado mucho de declarar que los acuerdos de acogimiento entre organizaciones internacionales se distinguen entre sí y poseen cada uno características propias, no es menos cierto que el pronunciamiento de la Corte al respecto proporciona luz sobre la cuestión en una perspectiva general.

<sup>77</sup> Nuevamente cabe citar, en esta ocasión el texto en inglés, de dicha disposición: "The Tribunal shall also be competent to hear complaints alleging non-observance, in substance or in form, of the terms of appointment of officials and of provisions of the Staff Regulations of any other international organization meeting the standards set out in the Annex hereto which has addressed to the Director-General a declaration recognizing, in accordance with its Constitution or internal administrative rules, the



ción que haya aceptado su competencia o las disposiciones del estatuto del personal de esa organización<sup>78</sup>. O, lo que es lo mismo, que el Tribunal no podía examinar esa demanda nada más que si, de una parte, el requirente era un funcionario de una organización que hubiera reconocido su competencia y si, de otra parte, su demanda estaba vinculada a la inobservación de las estipulaciones de su contrato o de las disposiciones del estatuto del personal de esa organización<sup>79</sup>; lo que para la Corte ha significado que la primera condición debía ser examinada en el ámbito de la competencia *ratione personae* del Tribunal mientras que la segunda debía serlo en el de su competencia *ratione materiae*<sup>80</sup>.

Sin embargo, previamente al análisis de la posición de la Corte en los aspectos referidos, conviene establecer cuales eran las posiciones que en relación con el asunto tenían las partes y el parecer del Tribunal Administrativo de la OIT. Así, el FIDA, por su lado, fundamentaba principalmente su postura en los argumentos siguientes: que su aceptación de la competencia del Tribunal no se extendía a las entidades que él albergaba en aplicación de acuerdos internacionales; que el Mecanismo Mundial no era un órgano del Fondo y que, aunque este lo administraba, la requirente no era funcionaria del Fondo, lo mismo que los actos del Director General de dicho Mecanismo no eran imputables al Fondo; y que a pesar de que las disposiciones estatutarias o reglamentarias del FIDA en materia de personal eran aplicadas a la requirente, esta no era funcionaria del Fondo. Por su parte, la señora A. T. S. G. argüía que ella era funcionaria del Fondo durante todo el período considerado hasta su cese del servicio el 15 de marzo de 2006; y que todas sus cartas de nombramiento y de renovación de contrato le ofrecían un puesto en el FIDA. Y en cuanto al TAOIT, este afirmaba en su fallo n°. 2867 que del hecho de que el Mecanismo Mundial fuera parte integrante de la Convención y que fuera res-

---

jurisdiction of the Tribunal for this purpose, as well as its Rules of Procedure, and which is approved by the Governing Body". Nótese de nuevo que el FIDA ha reconocido la competencia del Tribunal y aceptado sus reglas de procedimiento con efectos desde el 1 de enero de 1989.

<sup>78</sup> Véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, pp. 25 y 26, párr. 68.

<sup>79</sup> Son palabras de la Corte (*ibidem*).

<sup>80</sup> *Ibidem*.

ponsable ante la Conferencia de las Partes no se acarrea la conclusión de que tuviera su propia identidad jurídica; que la cláusula del Memorandum de acuerdo en la que se establecía que dicho Mecanismo tenía una identidad distinta no significaba que tuviera una identidad jurídica distinta, o, más precisamente en la especie, señala el Tribunal, que tenga una personalidad jurídica distinta<sup>81</sup>; que el Mecanismo debía a fines administrativos ser asimilado a los diversos servicios administrativos del Fondo dada su consideración como elemento orgánico del Fondo; y que en consecuencia las decisiones del Director General respecto del personal del Mecanismo Mundial eran, en Derecho, decisiones del Fondo<sup>82</sup>. Con estos argumentos, el TAOIT ha concluido que puesto que los miembros del personal del Mecanismo Mundial eran funcionarios del Fondo, las decisiones administrativas que les causan perjuicios son susceptibles de ser objeto de un re-examen y de un recurso interno de la misma manera y por los mismos motivos que las decisiones concernientes a los otros funcionarios del Fondo, por lo que tales decisiones podían ser objeto igualmente de una demanda ante el Tribunal del mismo modo y por los mismos motivos que las decisiones concernientes a los otros funcionarios<sup>83</sup>.

En este contexto, refiriéndose ya a la competencia *ratione personae* del TAOIT, la Corte ha indagado si la señora A. T. S. G. era funcionaria del Fondo o de otra entidad que hubiera reconocido la competencia del Tribunal. Para ello, haciendo la asimilación del término “funcionario” y de la expresión “miembro del personal”<sup>84</sup>, ha analizado si aquella pertenecía al colectivo del personal por ser titular de uno de los contratos previstos para el Fondo<sup>85</sup> y si de los actos atribuibles a este cabía inferir la existen-

---

<sup>81</sup> Véase fallo n°. 2867 del TAOIT citado, p. 11, párr. 6.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 11 y 12, párr. 7.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 14, párr. 11.

<sup>84</sup> Para la Corte vienen a significar lo mismo pese a que, como ella señala, el primer término se emplee en el Estatuto del Personal de la OIT así como en el Estatuto del propio Tribunal y la citada expresión sea utilizada en las disposiciones estatutarias o reglamentarias aplicables al personal de otras muchas organizaciones internacionales (véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 27, párr. 71).

<sup>85</sup> La Corte, haciendo alusión al documento denominado “Política de Recursos Humanos” (del FIDA), ha definido a un miembro del personal o a un funcionario

cia de una relación laboral<sup>86</sup>, actos que por cierto, según la Corte, no han sido contestados por el Fondo<sup>87</sup>. En este sentido, esta última ha observa-

---

como toda persona titular de un contrato regular de carrera, de duración determinada, temporal o de duración indeterminada con el Fondo (*ibidem*).

No es la primera vez que la Corte Internacional de Justicia ha dado significación al término “funcionario”. Así, bien que en referencia al de las Naciones Unidas, véase *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, I. C. J. Reports, 1949, p. 177 (dictamen de 11 de abril de 1949); aunque también son de interés en este contexto las consideraciones hechas, pero en referencia a los expertos en misión de las Naciones Unidas, en el asunto *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, C. I. J. Recueil, 1989, p. 194, párr. 47 (dictamen de 15 de diciembre de 1989). Asimismo puede verse en este sentido apuntado el asunto *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, I. C. J. Reports, 1999, p. 83, párr. 42 (dictamen de 29 de abril de 1999).

Respecto de estos dos últimos dictámenes pueden verse, entre otros, Ruzié, David: “L’avis consultatif de la Cour internationale de justice du 15 décembre 1989 sur la demande du Conseil économique et social des Nations Unies (L’affaire *Mazilu*)”, *Journal du Droit International*, vol. 117, 1990, pp. 365 a 379; Pons Rafols, Francesc-Xavier: “Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas. (Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia de 15 de diciembre de 1989)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII, 1991, pp. 39 a 56 y Matringe, Jean: “L’affaire du différend relatif à l’immunité de juridiction d’un Rapporteur spécial de la commission des droits de l’homme (C. I. J., Avis consultatif du 29 avril 1999)”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. XLV, 1999, pp. 413 a 433.

<sup>86</sup> La Corte ha venido a subrayar lo siguiente en relación con la propuesta inicial de un contrato a la requirente: que, habiendo sido hecha en una carta con membrete del Fondo, era por una duración limitada de dos años en el FIDA; que en la misma se especificaba que su nominación estaría regida por las disposiciones relativas al personal del FIDA; que este podría poner fin al contrato mediante un preaviso de un mes y que la interesada estaría en período de prueba; y que también incluía la acotación de que en caso de que esta deseara poner fin a su empleo debería avisar al FIDA por escrito al menos con un mes de anticipación. Y en lo tocante a las cartas de renovación de su contrato, la Corte ha venido a significar que se le ofrecía a la recurrente una prórroga del mismo en el FIDA, precisándosele que todas las otras condiciones de empleo devendrían inalteradas y que su contrato continuaría siendo regulado por las disposiciones del Manual de políticas del personal y del Manual de gestión de recursos humanos relativo a su aplicación (véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 27, párr. 72).

<sup>87</sup> Aunque en autos el FIDA admitió los hechos mencionados, este siguió manteniendo la línea argumental establecida previamente ante el TAOIT; esto es, que,

do que la firma de un contrato entre una persona y una organización internacional crea derechos y deberes para las partes en ese contrato y además ha venido a reconocer -como hiciera en 1956 señalando que el estatuto y el reglamento de personal de la organización concernida constituían la base jurídica sobre la que debe apoyarse la interpretación del contrato<sup>88</sup> - que de los elementos contractuales y estatutarios que había examinado en autos una relación de trabajo había sido instituida entre la señora A. T. S. G. y el FIDA, lo que hacía de esta funcionaria del Fondo<sup>89</sup>.

---

no obstante esos hechos, la señora A. T. S. G. no era miembro del FIDA sino del Mecanismo Mundial, el cual no había reconocido la competencia del Tribunal; que en el contrato inicial el puesto que se le ofrecía a la señora A. T. S. G. era el de administradora de programa en el Mecanismo Mundial de la Convención de las Naciones Unidas contra la desertificación, Oficina del Presidente, y que en esa calidad ella sería responsable ante el Director General del Mecanismo Mundial; que durante todo el período en el que la referida señora estaba empleada por el Mecanismo Mundial ella no había sido encargada de ejecutar ninguna función del Fondo, ni empleada por el Fondo, ni encargada de ejecutar funciones para el Fondo antes de ser empleada por el Mecanismo Mundial; que el FIDA y el Mecanismo Mundial eran dos entidades jurídicas distintas y que el Tribunal debería haber tenido en consideración las consecuencias de tal separación antes de declararse competente para conocer de la demanda de la señora A. T. S. G.

<sup>88</sup> Véase su dictamen de 1956 citado, p. 94.

<sup>89</sup> La Corte ha añadido que “the fact that she was assigned to perform functions related to the mandate of the Global Mechanism does not mean that she could not be a staff member of the Fund. The one does not exclude the other. In this context, reference may also be made to the fact that IFAD included Ms Saez García’s name on the list of IFAD officials for whom the Organization claimed privileges and immunities in the host country in accordance with the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies”. (Véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 28, párr. 76).

Además, la Corte ha afirmado que otra prueba del vínculo jurídico que unía a la señora A. T. S. G. al Fondo en su calidad de funcionaria del mismo es proporcionado por las condiciones en las que ha sido instruido el recurso interno para contestar la decisión de suprimir su puesto de trabajo y en consecuencia no renovar su contrato, pues nada indica, viene a mantener la Corte, que en el desarrollo de tal procedimiento el Fondo se haya opuesto a su uso por la interesada ni que cuando el Presidente del FIDA ha rechazado las recomendaciones de la Junta Mixta de Apelación obrara en condición distinta de tal. (Para los pormenores de los argumentos de la Corte, *ibidem*, pp. 28 y 29, párr. 77).

Pero la Corte ha ido más lejos aún refutando los otros argumentos del FIDA en su intento de probar que la señora A. T. S. G. no era miembro del personal. Así -aparte de ver la confirmación de la existencia de una relación de trabajo entre la interesada y el Fondo en algún texto administrativo esgrimido precisamente por este a su favor<sup>90</sup> y de señalar que la consideración por el FIDA de que el Director General del Mecanismo Mundial no era funcionario del Fondo, esto es, en otros términos, el estatuto de aquel, no era relevante para la competencia *ratione personae* del Tribunal<sup>91</sup>, la cual, para la Corte, no depende nada más que del estatuto de la requirente<sup>92</sup>-, ha destacado que el Tribunal no ha fundado su competencia respecto de la demanda interpuesta por la señora A. T. S. G. en el hecho, como afirmaba el Fondo y parece dar por buena la Corte, de que ni la Conferencia de las Partes ni el Mecanismo Mundial hubieran aceptado la competencia del Tribunal, sino que este, como muestra su fallo, dice la Corte, ha decidido ejercerla tras haber concluido que la re-

---

<sup>90</sup> Resulta cuando menos llamativo que, aludiendo a una instrucción administrativa publicada por el Fondo bajo la forma de un boletín de su Presidente de 21 de enero de 2004 -boletín que para el FIDA estaba destinado a precisar y clarificar la posición jurídica del Mecanismo Mundial, pues según su párrafo 11 c) las reglas y reglamentos del Fondo relativos al otorgamiento de contratos de carrera de duración determinada no se aplicaban al personal del Mecanismo Mundial, a excepción de los empleados que hubieran ya obtenido un contrato de carrera en razón de un empleo anterior en el seno del FIDA-, el FIDA haya sostenido que esta cláusula demostraba claramente que si los miembros del personal del Mecanismo Mundial no eran miembros del FIDA, algunas reglas y reglamentaciones del FIDA se aplicaban *mutatis mutandis* a los miembros del personal del Mecanismo Mundial; lo que en mi opinión no era sino fomentar la posición de la Corte, la cual, además, ha traído a colación otra disposición del citado boletín, el párrafo 10, que establecía que en principio y en ausencia de una disposición contraria expresa, como queda precisado abajo [esto es, añadido por mi parte, por el párrafo 11 c) mencionado], el Mecanismo estaría sometido a todas las disposiciones del Manual de políticas del personal del FIDA y del Manual de gestión de recursos humanos a él relativo, tal como eventualmente pudieran ser modificadas.

<sup>91</sup> No obstante, la Corte ha examinado la cuestión del estatuto del Director General en el ámbito de la competencia *ratione materiae* del TAOIT (véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 32, párr. 88).

<sup>92</sup> Para la apreciación de lo que afirmaba el Fondo y ha mantenido la Corte en este contexto, *ibidem*, pp. 29 y 30, párrs. 78 a 81, inclusive.

quirente y otros miembros del personal del Mecanismo Mundial eran funcionarios del Fondo y que, como tales, tenían el derecho de formar un recurso ante él de la misma manera y por los mismos motivos que los otros funcionarios del Fondo<sup>93</sup>. Por todo ello, la Corte concluye que el Tribunal era competente *ratione personae* para examinar la demanda formada por la señora A. T. S. G. contra el FIDA el 8 de julio de 2008.

Posteriormente, la Corte ha analizado la competencia *ratione materiae* del TAOIT empezando por afirmar que, en tanto que funcionaria del Fondo, la señora A. T. S. G. tenía el derecho de introducir una demanda ante el Tribunal respecto de las decisiones finales del Presidente (del FIDA)<sup>94</sup>.

El Fondo en este contexto había argumentado lo siguiente: que, incluso en el caso de que el Tribunal fuera competente *ratione personae* en relación con la requirente porque ella fuese funcionaria del FIDA, el mismo no sería competente *ratione materiae* para conocer de la demanda, dado que, según los términos del artículo II, párrafo 5, del Estatuto del Tribunal, sólo dos tipos de demandas concernían a la competencia de este: a saber, uno, las demandas que invocaran la inobservación, sea en cuanto al fondo, sea en cuanto a la forma, de las estipulaciones del contrato de los funcionarios y, dos, las que invocaran la inobservación de las disposiciones del estatuto de personal; que de las piezas depositadas ante el Tribunal por la interesada no era manifiestamente posible clasificar sus reclamaciones en alguna de las categorías establecidas en la disposición citada del Estatuto del Tribunal; que el dossier de la requirente se fundaba en una base totalmente diferente, a saber, los párrafos 4 y 6 de la sección III A del Memorándum de acuerdo, los cuales habían servido para invocar por la interesada que el Director General había sobrepasado sus poderes decidiendo no renovar su contrato y que el presupuesto básico aprobado por la Conferencia de las Partes no imponía la supresión de su puesto, respectivamente<sup>95</sup>; que el Tribunal no tenía competencia para conocer

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 30, párr. 80.

<sup>94</sup> Según la estipulación del artículo 10.40.1 del Manual de procedimientos, señala la Corte (*ibidem*, pp. 30 y 31, párr. 83).

<sup>95</sup> A estas disposiciones del Memorándum de acuerdo esgrimidas por la requirente se refirió, describiéndolas, el TAOIT en su fallo n.º 2867 citado, p. 10, párr. 4.

de estas demandas, ya que no contenían ninguna alegación de inobservación de las disposiciones estatutarias o reglamentarias aplicables al personal del FIDA, por lo que el Tribunal había cometido un error estatuyendo sobre dicha base<sup>96</sup>. Por su parte, la requirente había sostenido que a juzgar por el gran número de cuestiones relativas a la competencia planteadas por el Fondo en su petición consultiva, parecía que poniendo en cuestión la manera del Tribunal de ejercer su competencia o contestando el alcance de sus consideraciones, decía, el FIDA había ido efectivamente más allá de las conclusiones a las que ha llegado el Tribunal sobre su competencia<sup>97</sup>.

Y sobre el particular, la Corte recuerda que la decisión atacada ante el Tribunal es la del Presidente del FIDA tal como figura en el memorándum de 4 de abril de 2008 dirigido por este a la requirente rechazando las recomendaciones de la Junta Mixta de Apelación<sup>98</sup>. Precisamente la alu-

---

<sup>96</sup> En opinión del Fondo, el Tribunal no era competente para conocer de los argumentos invocados por la requirente basándose en el Memorándum de acuerdo, en la Convención o en las decisiones de la Conferencia de las Partes, puesto que ninguno de estos textos se incluían en el párrafo 5 del artículo II del Estatuto del Tribunal. Además, el FIDA ha afirmado que, para llegar a sus conclusiones, el Tribunal había examinado el proceso de decisión interno creado por la Convención, mientras que ni la Conferencia de las Partes ni ninguno de sus órganos o agentes estaban sujetos a su competencia. Asimismo, el Fondo ha deducido que el TAOIT había considerado que el litigio versaba sobre la interpretación y aplicación del Memorándum de acuerdo y de las decisiones de la Conferencia de las Partes y no sobre la interpretación y aplicación de las disposiciones estatutarias o reglamentarias aplicables al personal de la organización demandada. Según el FIDA la elección de este enfoque prohibía al Tribunal afirmar su competencia, por lo que su decisión debía ser declarada inválida. (*Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 31, párrs. 84 y 85).

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 31, párr. 86.

<sup>98</sup> Nótese que dicha Junta había concluido unánimemente que la decisión del Director General (del Mecanismo Mundial) de no renovar el contrato a tiempo determinado escapaba de las competencias de este y había sido tomada en contradicción con el espíritu y la letra del Manual de procedimientos sobre recursos humanos y que además ninguna prueba había sido producida o encontrada para sostener la alegación del demandado (nótese que en esa instancia administrativa era el aludido Director General, añadido) según la cual la decisión había sido tomada en consulta con

sión a las recomendaciones del organismo de apelación le ha servido a la Corte para evaluar el papel del Director General del Mecanismo Mundial en el asunto. Así, ante las pretensiones del Fondo de no considerar competente al Tribunal para examinar la decisión del Director General, la Corte ha concluido que las decisiones tomadas por este en relación con el personal del Mecanismo Mundial eran, en Derecho, decisiones del Fondo<sup>99</sup> y que era un funcionario del mismo cuando la no renovación del contrato de la interesada se había decidido, obrando por tanto en nombre del Fondo<sup>100</sup>. Consecuentemente, la Corte rechaza la pretensión de la organización internacional a este respecto, pues considera competente al Tribunal para examinar la decisión del Director General. Pero es que además la Corte -dada la afirmación de la señora A. T. S. G. de que la

---

la dirección del FIDA y más especialmente con el Presidente, quien, añade la Junta, es responsable en última instancia del Mecanismo Mundial. (*Ibidem*, p. 32, párr. 87).

<sup>99</sup> En este sentido, la Corte ha puesto de manifiesto que en el aviso de no renovación del contrato de la requirente de 15 de diciembre de 2005, el Director general del Mecanismo Mundial le había informado a la interesada que, en razón de la reducción del presupuesto básico del citado Mecanismo, se había decidido suprimir el puesto que ella ocupaba; decisión que ha sido contestada en su demanda ante el TAOIT por la requirente alegando, entre otras cosas, que la misma constituía un abuso de poder y que el Director General no estaba habilitado para definir el programa de trabajo del Mecanismo Mundial independientemente de la Conferencia de las Partes y del Presidente del FIDA. Por lo demás y como la propia Corte ha señalado, debe notarse que el Fondo ha contestado la competencia del Tribunal para conocer de estas alegaciones dado que ello hubiera significado, según el FIDA, examinar el proceso decisorio del Mecanismo Mundial respecto del cual aquel no era competente (*ibidem*); extremo este que, nótese nuevamente, en su fallo rechazó el propio Tribunal, pues para él las decisiones administrativas tomadas por el Director General respecto del personal del Mecanismo Mundial eran, en Derecho, decisiones del Fondo (véase su fallo n° 2867 citado, pp. 11 y 12, párrs. 7 y 8).

<sup>100</sup> La Corte ha confirmado este particular apoyándose en elementos como, entre otros, que el Director General disfrutaba de un contrato firmado por el Presidente del Fondo para un tiempo de dos años en el propio FIDA; que sería directamente responsable ante dicho Presidente; que su nombramiento estaba regulado por las disposiciones generales concernientes al personal del FIDA; o que podría acceder al sistema de seguros médicos del Fondo. (Véanse en su tenor los factores esgrimidos por la Corte a este respecto, todos ellos relacionados con las condiciones de empleo, esto es, con el estatuto del Director General, en *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 32, párr. 88).



decisión de no renovar el contrato, aparte de no ser válida según ella y de incurrir en otras irregularidades, entraba en la categoría de alegaciones de inobservancia de las estipulaciones del contrato de los funcionarios como indicaba el párrafo 5 del artículo II del Estatuto del Tribunal<sup>101</sup> - ha declarado que tanto del contrato como de las renovaciones del mismo se deducía que el nombramiento de la interesada se regía por las disposiciones generales del Manual de políticas del personal del FIDA y por las modificaciones que fueran adoptadas, así como por las instrucciones administrativas relativas a la aplicación del Manual que pudieran ser publicadas de tiempo en tiempo; por lo que, para la Corte dándole la razón a la funcionaria, la no observancia de las estipulaciones de estos instrumentos, o de aquellos adoptados posteriormente para reemplazarlos, podía ser objeto de un recurso ante el TAOIT en virtud del párrafo 5 del artículo II de su Estatuto y que la demanda cursada por la señora A. T. S. G. en el Tribunal entraba dentro de la categoría de demandas que invocan la falta de observancia de las estipulaciones de su contrato o de las disposiciones estatutarias o reglamentarias aplicables al personal del Fondo, como prescribe el párrafo 5 del artículo II del Estatuto del TAOIT<sup>102</sup>. En consecuencia con lo anterior, la Corte considera que el Tribunal era competente *ratione materiae* para examinar la demanda de la señora A. T. S. G. relativa a la no renovación de su contrato por el FIDA.

Sin embargo, la Corte ha abordado una última alegación en este ámbito de cosas antedicho, esto es, la afirmación por parte del Fondo de que el Tribunal para llegar a sus principales conclusiones no era competente para examinar las disposiciones del Memorándum de acuerdo y el proceso decisorio de la Conferencia de las Partes<sup>103</sup>. En este sentido, la

---

<sup>101</sup> La Corte comparte en este punto el parecer de la funcionaria y señalando su jurisprudencia ha estimado que la requirente, al pretender tener un derecho a la renovación de su contrato y al pretender que este derecho había sido desconocido, se ha situado en el terreno de la no observancia de las estipulaciones del contrato. (La Corte, en la página 33, párrafo 89, de su dictamen de 2012, se ha referido a su opinión consultiva de 1956 citada *supra*, p. 94).

<sup>102</sup> Véanse p. 33, párrs. 90 y 91, de su dictamen de 2012.

<sup>103</sup> Para el FIDA esa falta de competencia se deducía del párrafo 5 del artículo II del Estatuto del Tribunal, el cual, en su opinión, no se refería a las mencionadas materias.

Corte -aun admitiendo que estas cuestiones no estaban directamente vinculadas con las disposiciones estatutarias o reglamentarias aplicables al personal del FIDA cuya inobservación presunta confiere competencia al Tribunal para examinar las demandas de los funcionarios del Fondo- las ha considerado pertinentes a efectos de que el Tribunal estableciera su propia competencia en un procedimiento en que el estatuto de la requirente, en tanto que funcionaria del Fondo, era contestado por este sobre la base de los acuerdos que el mismo Fondo había concluido con la Conferencia de las Partes<sup>104</sup>. En otras palabras, en opinión de la Corte, el Tribunal para determinar si era competente respecto de la demanda que se le había sometido, no podía eludir el examen de los acuerdos jurídicos que regulaban las relaciones entre el Mecanismo Mundial y el Fondo, así como el estatuto del Director General del Mecanismo Mundial y de la autoridad ante la que este era responsable<sup>105</sup>. Es más, la Corte -enfaticando

---

<sup>104</sup> A este propósito, la Corte recuerda que el FIDA ha hecho valer en sus exposiciones escritas ante el Tribunal que el Fondo y el Mecanismo Mundial eran entidades jurídicas distintas y que los actos del citado Mecanismo o de su Director General no le eran imputables; y además que el Fondo ha contestado que el Tribunal tuviera competencia para examinar las irregularidades presuntas en el proceso que ha conducido a la decisión del Mecanismo Mundial y de su Director General dado que ni la Conferencia de las Partes ni el Mecanismo Mundial habían aceptado la competencia del TAOIT.

<sup>105</sup> Estas consideraciones de la Corte en realidad apuntan, sin esta así decirlo, a lo que creo es una de las cuestiones más importantes a las que se enfrentan los tribunales de justicia y en particular los de índole internacional, esto es, discernir el límite, establecer la frontera, entre la competencia y el fondo en el estudio de un asunto sobre el que presumiblemente han de estatuir. Porque, al menos idealmente, el análisis de si un órgano judicial tiene o no competencia respecto de un caso debería hacerlo el propio órgano ante el que se promueve el mismo sin abordar los elementos materiales, es decir, los de fondo, sobre los que está llamado a decidir si es que se declarara competente. Pero, ¿esa asepsia necesaria para no entrar a valorar el fondo de un asunto sin declararse competente la logran siempre los tribunales? Forzados o no por las circunstancias de cada caso, ¿se ven estos obligados cuando el asunto lo requiera a conocer previamente el fondo del mismo, en su totalidad o en parte, para admitir su competencia? ¿El juez obra siempre sin contaminarse del fondo cuando ha de decidir sobre si es competente o no en un asunto? ¿Bastan exclusivamente con las reglas reguladoras de la competencia de un tribunal para que este establezca o pueda establecer su competencia *in casu*? O más bien, sea buscado o no voluntariamente por

el hecho de que por lo deducido por ella no había lugar a examinar en detalle los argumentos del FIDA según los cuales el TAOIT ni era competente para conocer de la demanda porque el Fondo y el Mecanismo Mundial eran entidades jurídicas distintas ni que este último había reconocido nunca la competencia del Tribunal- ha llegado a la convicción de que incluso si, contrariamente a su constatación<sup>106</sup>, el Mecanismo Mundial hubiera tenido efectivamente una personalidad jurídica distinta y la facultad por sí mismo de concluir contratos, las conclusiones formuladas serían siempre válidas, esencialmente sobre la base de los documentos contractuales examinados y de las disposiciones estatutarias o reglamentarias aplicables al personal del FIDA<sup>107</sup>.

Por todo ello la Corte ha llegado a la conclusión, en respuesta a la primera cuestión solicitada por el FIDA, que el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo era competente, conforme al artículo II de su Estatuto, para conocer de la demanda interpuesta contra el Fondo<sup>108</sup>, ya que la señora A. T. S. G. era una funcionaria de este y que su nombramiento estaba regulado por las disposiciones estatutarias o reglamentarias aplicables al personal del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola.

---

ellos, los tribunales, como en muchas ocasiones tengo la sensación que ocurre, ¿no analizan, siquiera sea de soslayo, el fondo de un asunto antes de decidir si tienen competencia para juzgarlo?

Un ejemplo que se puede situar en este contexto de cosas es el fallo n.º 2867 del TAOIT, el cual, incluso como la misma Corte señala e igualmente el propio Tribunal, había analizado a título de cuestión preliminar la decisión del Director General del Mecanismo Mundial así como varias disposiciones del Memorándum de acuerdo, es decir, aspectos de fondo, pero que sin embargo el Tribunal entendió, interpretación que da por buena la Corte, era necesario abordar para establecer su competencia. Ciertamente, el Tribunal se vio obligado a comportarse así para refutar los argumentos del FIDA de que no era competente, en función del párrafo 5 del artículo II de su Estatuto, para proceder al examen de los aspectos mencionados, pero no es menos cierto que el TAOIT acometió el estudio de elementos materiales para declararse competente en el caso.

<sup>106</sup> Sobre este particular, véanse p. 23, párr. 61, de su dictamen de 2012.

<sup>107</sup> Véanse, en lo referente a los últimos aspectos comentados, pp. 33 y 34, párrs. 92 a 94, del dictamen de la Corte.

<sup>108</sup> La Corte ha sido unánime a este respecto.

Y en relación con las cuestiones II a VIII debe observarse que el FIDA planteó su arsenal de preguntas insistiendo fundamentalmente en los motivos bien de incompetencia del TAOIT, bien de una falta esencial en el procedimiento seguido por este para que fueran determinados de manera acumulativa o de manera independiente por la Corte<sup>109</sup>; planteándole a esta en realidad la existencia de dos causas que, deducidas separadamente o cumulativamente por ella, habrían podido llevar a declarar por su parte que el fallo del Tribunal era inválido. Pero la Corte ha tenido ciertas facilidades para no contestar a esas cuestiones que, al menos *prima facie* de una lectura somera de las mismas, quizás podrían hacer pensar al observador de las cosas internacionales iban a entrañarle mayor dificultad.

Aunque más que una ausencia de contestación de la Corte habría que decir que, en verdad, esa contestación sí se ha producido. En efecto, por un lado, la Corte ha entendido que su respuesta a la cuestión I cubría todos los puntos relativos a la competencia del Tribunal que el FIDA suscitó en las cuestiones II a VIII dado que había declarado que aquel era competente en autos; y, de otro lado, la Corte ha considerado que además de las cuestiones concernientes a la competencia otras dos series de cuestiones planteaban las preguntas formuladas por el Fondo. En este último sentido, primeramente ha considerado que las referidas cuestiones -tal como han sido formuladas, insisto- pedían de la Corte que se manifestara sobre el razonamiento que, sea en cuanto a su competencia, sea en cuanto al fondo de la demanda que el Tribunal había conocido, sustentaba las conclusiones a las que este había llegado; razonamiento sobre el que, dice la Corte, ella no podía dar su opinión<sup>110</sup>; y en segundo término, ha señala-

---

<sup>109</sup> En este sentido, nótese la utilización de la conjunción copulativa “y” y de la conjunción disyuntiva “o” en todas las cuestiones bajo los números II a VIII propuestas por el FIDA.

<sup>110</sup> La Corte, basándose en el artículo XII del anexo al Estatuto del TAOIT, ha recordado que únicamente se le puede pedir una opinión consultiva en revisión de un fallo del Tribunal cuando una decisión de este afirmando su competencia fuera contestada o cuando se alegara una falta esencial en el procedimiento seguido por él, pero que la mencionada disposición no le daba ningún derecho de fiscalización sobre el razonamiento del Tribunal o sobre el fondo de su fallo, cuestiones sobre las que la Corte, añade esta, no puede dar su opinión. (Véanse p. 35, párrs. 96 y 97, de su

do que aquellas cuestiones contenían referencias a la existencia eventual de una falta esencial en el procedimiento seguido por el Tribunal; cuestiones respecto de las cuales, añade la Corte, el FIDA no había identificado falta esencial en el procedimiento que el Tribunal hubiera cometido durante el examen de la demanda presentada contra él, ni que de las informaciones deducidas ante la Corte por el Fondo ni del análisis del fallo pronunciado por el Tribunal se pusiera en evidencia una falta esencial en el procedimiento por parte de este<sup>111</sup>.

En consecuencia con lo anterior, el breve análisis realizado por la Corte le lleva a concluir que aquellas cuestiones constituían una repetición de la cuestión relativa a la competencia a la que ella ya había respondido o se referían a puntos más vastos que no entraban en el ámbito del artículo XII del anexo del Estatuto del TAOIT que el FIDA había invocado para fundamentar su petición de opinión consultiva<sup>112</sup>.

Por último, en contestación a la cuestión IX planteada por el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola, la Corte ha concluido que, habiendo dado una respuesta afirmativa a la primera cuestión demandada ya que el Tribunal era plenamente competente y no habiendo identificado falta esen-

---

dictamen de 2012). Nótese que, con esta posición, la Corte no sólo estaba perfilando más precisamente las condiciones de interposición del recurso de revisión en la vía consultiva sino que también estaba declarando sobre qué aspectos ella es incompetente o, si se quiere, estaba determinando los límites de su competencia. En definitiva, la Corte no era sino congruente con su jurisprudencia, reiterando, como ya había afirmado en 1956, que los motivos dados por el Tribunal para llegar a su decisión en cuanto al fondo no podían legítimamente servir de base para contestar la competencia de este. (Véase *Jugements du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail sur requêtes ... cit.*, p. 99).

<sup>111</sup> La Corte ha recordado que la noción de “falta esencial en el procedimiento seguido” fue precisada en su opinión consultiva de 1973. (Véase *Application for Review of Judgement No. 158 ... cit.*, I. C. J. Reports, 1973, párrs. 91 y 92, pp. 208 y 209).

<sup>112</sup> La Corte ha considerado unánimemente que lo concerniente a las cuestiones II a VIII no requerían otras respuestas por su parte. No obstante, nótese que, como la propia Corte ha señalado, en opinión de la señora A. T. S. G. algunas de las cuestiones planteadas por el FIDA no entraban en las previsiones del artículo XII del anexo al Estatuto del TAOIT (véase *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon ... cit.*, p. 10, párr. 21).

cial en el procedimiento seguido por este, la decisión pronunciada por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo en su fallo n°. 2867 era válida<sup>113</sup>.

## 7. Consideraciones finales

La Corte en su opinión consultiva de 2012 no puede decirse que haya sido osada, pues en líneas generales ha seguido el argumento ya establecido en dictámenes anteriores cuando ha revisado el fallo de un tribunal administrativo. Creo que las cuestiones tal como han sido planteadas por el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola no le han producido ningún quebrantamiento de cabeza, quizás porque el propio Fondo le ha facilitado las cosas. Primero, porque el fallo n°. 2867 del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo no debiera haber sido sometido al procedimiento de revisión ante la Corte dadas las circunstancias del caso; segundo, porque el empecinamiento del Fondo en sus planteamientos le ha llevado a no evaluar en su justeza el valor que para un órgano judicial tienen los actos propios, constitutivos de *estoppel*, de un sujeto jurídico, en este particular del Fondo, los cuales apuntaban, tanto en su forma como en su fondo, en un sentido contrario a los sustentados por la entidad peticionaria del dictamen; tercero, porque en aquellas cuestiones suscitadas se han mezclado aspectos que tienen que ver con la competencia del TAOIT con los que afectan estrictamente al desarrollo del procedimiento dándose una especie de *totum revolutum* en el que por lo demás el FIDA no ha señalado, con visos de verosimilitud concordantes con la jurisprudencia de la Corte a ese respecto, qué causas habían provocado una falta esencial en el procedimiento seguido por el TAOIT, lo que le ha impedido demostrar la existencia de dicha falta.

Pero la Corte ha pecado quizás de timorata respecto de la cuestión que le lleva planteando problemas desde que puede revisar un fallo de un tribunal administrativo, por mucho que las instancias que históricamente han coadyuvado al órgano judicial a que diera su dictamen *en justicia*

---

<sup>113</sup> También sobre esta cuestión la decisión de la Corte ha sido unánime

tampoco le hayan planteado excesivas complicaciones finalmente a ella: el de la igualdad procesal en el procedimiento de revisión administrativa. ¿Qué ocurrirá el día en que aquellos organismos llamados por la Corte a ser, como he calificado antes, los “cooperadores necesarios” para el acceso a su instancia de la persona física (funcionaria) se nieguen a ejercer ese papel? En el caso hipotético de que el FIDA, mejor su Presidente, se hubiera negado a colaborar con la Corte desempeñando ese papel, por no decir ese papelón, ¿qué hubiera hecho la Corte? ¿No dar su dictamen por haber razones decisivas en ese sentido (la ausencia de los elementos necesarios para emitir su opinión)? ¿Presionar a la entidad peticionaria del dictamen, dictamen que se supone es necesario para ella, con no dar su opinión consultiva?

Es verdad, como también he venido a decir antes, que en este orden de cosas la Corte tiene los límites impuestos por su condición de ser un cuerpo judicial y que se ha conformado estrictamente a cumplir con ese papel haciendo una declaración en la que pone de manifiesto “su preocupación frente a la desigualdad de acceso a la Corte derivada del procedimiento de revisión previsto en el artículo XII del anexo al Estatuto del TAOIT”, pero podría haber aprovechado la ocasión para, dentro de esos límites, haber sido más explícita y más contundente dada la reiteración de casos que, bien que episódicamente, conoce.

Sea como fuere, lo que sí creo necesario es que el sistema procesal al que nos hemos referido en este trabajo debe ser modificado para permitir que el funcionario (la persona física a fin de cuentas) tenga acceso a la Corte; ello adecuaría el Derecho internacional contemporáneo surgido en este contexto a mediados del siglo XX al también Derecho internacional contemporáneo del presente, pero que debe ser coetáneo con las necesidades del siglo XXI. De momento, la realidad nos dice que la *lege ferenda* ha de conformarse con esperar a ocupar el lugar de la *lege lata*.





# **DOLLARIZATION AND EUROIZATION. LEGAL AND ECONOMIC PROBLEMS. THE INTRODUCTION OF A FOREIGN CURRENCY AS A NATIONAL CURRENCY ON THE GLOBAL AND EUROPEAN LEVEL**

Waldemar HUMMER

## **Table of Contents**

Personal Remarks

1. Preliminary Remarks: Clarification of Concepts
2. Introduction
3. Specification of the subject
4. Interdisciplinary intersections
5. Structure of the study and methods applied
6. Analysis of the interdisciplinary intersections
  - 6.1. First intersection: motives for adopting a foreign currency from a legal perspective
  - 6.2. Second intersection: legal classification of the types of adoption of a foreign currency (German Mark, Euro, US Dollar) in the host country
    - 6.2.1. The use of a foreign currency as a substitute for the national currency vs. its use as a complement to the national currency
    - 6.2.2. Unofficial vs. official circulation of a currency in the host country
  - 6.3 Third intersection: permissibility and lawfulness of dollarization under public international law
    - 6.3.1. Consent by the country issuing the foreign currency (anchor country)
    - 6.3.2. No consent by the anchor country
      - 6.3.2.1. Money as a national emblem and expression of a state's economic sovereignty
      - 6.3.2.2. Does the adoption of a foreign currency as the host country's national currency qualify as unlawful intervention?
      - 6.3.2.3. Limited or no scope of action of the anchor country
      - 6.3.2.4. Prohibition of the adoption of the foreign currency by the anchor state

6.4. Fourth intersection: permissibility and lawfulness under Community or Union law of euroization in contrast to dollarization

7. Concluding Remarks

## Personal Remarks

How is it that a full professor from the University of Innsbruck, a university in the capital of the Austrian state of Tyrol, has the pleasure of contributing to a Festschrift honouring a full professor from the National University of Córdoba/Argentina? It is hard to believe, but the party “responsible” for having established that contact, is the European Union (EU) - through its academic exchange programme *ALFA I B2* (América Latina-Formación Académica).

It was in 1997, still in the initial phase of the ALFA I-Programme (1994-1999), that I was able to secure funding for the “EULATIN I”-Project (Europa/Latinoamérica – Integración Regional)<sup>1</sup>. A project which saw the participation of three European and four Latin American universities. One of the project’s Latin American cooperating partners was, already then, the National University of Córdoba/Argentina. At our first relay-meeting on the 24th and 25th of October 1997, at the University of Innsbruck, I met for the first time my colleague, Zlata Drnas de Clément, personal representative of that University.

On the 10th of May 2005, within the framework of the ALFA II Programme (2000 ff.) and in light of the positive evaluation of the “EULATIN I” output, I was able to attain further funding for the project building on “EULATIN I”, namely “EULATIN II”<sup>2</sup>. This follow-on project saw the participation of seven European and six Latin American universities<sup>3</sup>. Anew, the National University of Córdoba/Argentina was

---

<sup>1</sup> Project No. 5.0052.7; European Commission (ed.), *ALFA Directory of the projects approved during the first phase of the ALFA Programme 1994 – 1999* (2000), p. 525.

<sup>2</sup> Proyecto No II-0477-FCD-FI.

<sup>3</sup> *Hummer, W.* Integration. Rechtsfragen der wirtschaftlichen Integration in Lateinamerika und der Karibik, in: Drekonja-Kornat, G. (ed.), *Lateinamerikanistik. Der österreichische Weg* (2005), p. 109 ff.

among the project's participants, once more with its representative Zlata Drnas de Clément. This project's kick-off meeting took place again at the University of Innsbruck, lasting from the 22nd to the 25th of June, 2005. Its outcomes were a number of agreed upon projects of cooperation which came to fruition in both co-publications and co-edited works of Zlata Drnas de Clément and myself<sup>4</sup>. During these academic activities I was able to appreciate my colleague Drnas de Clément both professionally and personally. It is therefore an extraordinary pleasure to make a humble contribution to this "Libro en homenaje", dedicated to her.

It is with this in mind that I decided to address at this occasion a topic of common interest, which is a complex problem not only for Europe, but at the same time also one for Latin America – that is the adoption of a foreign currency in the form of "dollarization" and "euroization". Utterly convinced, that a detailed investigation of all legal and economic facets involved would not only exceed our capacities but also require an interdisciplinary approach, involving colleagues from other faculties – preferably economists – I succeeded subsequently in coming up with a qualified team of international lawyers and economists, specialized in monetary policy.<sup>5</sup> It was on the basis of a preliminary outline that our long-standing partners from the EULATIN I and EULATIN II projects were invited to share and contribute with their experiences, to this topic of common interest.

Most unfortunately my newfound status of professor emeritus has deprived me of all my previously available resources, which has in turn curtailed any further deepening of our professional contacts. Therefore,

---

<sup>4</sup> *Drnas de Clément, Z. – Hummer, W.* Problemas ambientales en el río Uruguay. El caso de las pasteras (Argentina v. Uruguay), in: Hummer, W. (Editor) - Mellado, N. B. (Coordinadora), *Cooperación y conflicto en el MERCOSUR* (2007), p. 103 ff.; *Drnas de Clément, Z. (Coordinadora) – Hummer, W. (Editor), MERCOSUR y Unión Europea* (2008). I was also invited by my colleague Drnas de Clément, in her capacity as co-editor, to contribute to the *Libro en Homenaje a Ernesto Rey Caro*; cf. *Hummer, W.* El "diálogo político" y el compromiso democrático" en las zonas de integración económica en América Latina ¿Copia fiel de la experiencia europea o concepto genuino?, in: *Drnas de Clément, Z. - Lerner, M. (eds.), Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro* (2002), p. 1241 ff.

<sup>5</sup> Prof. Waldemar Hummer, Andrea Schmid, Lothar Gamper (lawyers); Prof. Jesús Crespo Cuaresma, Octavio Fernández Amador, Frank Joachim Steinbach (economists); Prof. Eduardo Siandra, Ralf Kronberger (consultants).

the following article thematically matches only the type of project I had entered for promotion, however, the aforementioned reason has hindered its realization. This contribution remains cognizant of how the envisaged project would have hoped to have been conducted with both my colleague Drnas de Clément and further Latin American scholars. The following text is thus only a systematic account of the project's material content in the form of an expanded disposition.

### 1. Preliminary Remarks: Clarification of Concepts

Due to monetary theory, money must, in general terms, fulfill the following economic functions: (a) *store of value*, (b) *unit of account* and (c) *means of payment and exchange*. If a local currency loses one of these functions over time, the adoption of a foreign currency can occur. The logical candidates to act as a substitute for these lost functions are those currencies most widely used for international transactions. In former times, the British Pound was the most dominant “reserve currency” worldwide from the 18<sup>th</sup> century up until the end of World War II, in 1945, when the US Dollar replaced it on the basis of the Bretton Woods System, already introduced in 1944.

Subsequently, the US Dollar turned into the world leading reserve currency, acting as an “anchor” for some countries which have been desperately seeking ways to promote global economic stability and hence their own prosperity. For the majority of these countries, the optimal way to obtain currency stability has been to peg the local currency to the leading convertible currency, the US Dollar. However, another option was to abandon the local currency in favor of the exclusive use of the US Dollar, known as full or total “*dollarization*”.

“Dollarization” is a three-stage *process*: first, the local currency ceases to function as a store of value, at stage two the local currency loses its function as a unit of account and at stage three the currency gradually ceases to function as a means of payment<sup>6</sup>. Only a clear understanding of

---

<sup>6</sup> Cf. *Encinas-Ferrer, C.* The ABC of Dollarization; [http://www.economiaglobal.com/files/The\\_ABC\\_of\\_Dollarization\\_Full\\_Text.pdf](http://www.economiaglobal.com/files/The_ABC_of_Dollarization_Full_Text.pdf)

these stages allows to understand the different *types* of dollarization that exist<sup>7</sup>: (a) *unofficial or partial dollarization*,<sup>8</sup> (b) *semi-official dollarization*<sup>9</sup> or *official bimonetary systems* and (c) *full or official dollarization*<sup>10</sup>.

Where the Euro, instead of “dollarization”, has taken on this anchoring role, the term “*euroization*” has been used. But one has to be very careful in using the term. Some economists have already begun to talk of the “euroization” that has been taking place in Europe since January 1, 2002, but in this they are completely mistaken. While it is true that the adoption of the Euro by countries *outside* the European Union but within its sphere of economic influence might justify the use of the term, the establishment of the Euro as the single currency for actually eighteen member states<sup>11</sup> of the EU within the European Monetary Union (EMU) does not. There are six<sup>12</sup> European countries which use the Euro as official legal tender, without being a Member State of the EU. Two<sup>13</sup> of them have not even sought the European Central Bank’s (ECB) legal approval on the basis of a monetary agreement and have adopted the Euro unilaterally<sup>14</sup>.

Full “dollarization” and “euroization” can occur legally either because of the existence of a *monetary treaty* between the anchor country and

---

<sup>7</sup> Schuler, K. Basics of Dollarization, Global Policy, January 2000; <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/173/30435.html>

<sup>8</sup> Unofficial dollarized countries: Argentina, Armenia, Azerbaijan, Bolivia, Georgia, Mexico, Mongolia, Mozambique, Peru, Romania, Russia, Turkey, Ukraine, Vietnam.

<sup>9</sup> Semi-officially dollarized countries/territories: Bahamas, Cambodia, Haiti, Laos, Liberia.

<sup>10</sup> Officially dollarized countries/territories: Ecuador, East Timor, El Salvador, Panama, Puerto Rico, Marshall Islands; Federated States of Micronesia, Palau, Saba, Sint Eustatius, Turks- and Caicos Islands, British Virgin Islands.

<sup>11</sup> Austria, Belgium, Cyprus, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, Malta, Netherlands, Portugal, Slovakia, Slovenia and Spain; on 1 January 2014, Latvia joined the EMU as eighteen member state, after having joined the European Exchange Rate Mechanism II (ERM II) on 2 May 2005.

<sup>12</sup> Andorra, Kosovo, Monaco, Montenegro, San Marino, Vatican City State; cf. subchapter 6.4.

<sup>13</sup> Kosovo and Montenegro.

<sup>14</sup> Cf. subchapter 6.4.

the host country or because of “*acquiescence*”, that is, where the phenomenon occurs unilaterally without being contested by the anchor country. Arguably, the taking on of a foreign currency can be deemed “illegal” in cases where neither acquiescence nor treaties exist. On the other hand, “it is actually not possible to prevent one country from using the currency of another”<sup>15</sup>—although noteworthy, these remarks concerned the retention and use of the Euro by a member State leaving the Euro-Zone.

The *disadvantages* of full “dollarization” include the loss of a vital national symbol, as well as of monetary autonomy<sup>16</sup> and seigniorage revenues, which would accrue instead to the US Government<sup>17</sup>. Additionally the Central Bank loses its function of a “lender-of-last-resort” for its domestic banking system<sup>18</sup>.

The *advantages* include lower administrative costs, a firm basis of a sounder financial sector (decline of inflation rates etc.), lower interest rates etc.<sup>19</sup>. Thus, dollarization avoids currency and balance of payment crises. Without a domestic currency there is no possibility of a sharp depreciation, or of sudden capital outflows motivated by fears of devaluation. At least full “dollarization” creates positive investor sentiment, almost extinguishing speculative attacks on the local currency and the exchange rate<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> *Cooper, R.* Exit from a Monetary Union through Euroization: Discipline without Chaos, NBER Working Papers Series, Working Paper 17908, March 2012, p. 2, 14.

<sup>16</sup> Cf. *Panizza, U. – Stein, E. – Talvi, E.* Assessing Dollarization: An Application to Central American and Caribbean Countries, May 2000, p. 22 ff.

<sup>17</sup> The margin between the cost of producing a coin and its currency value is known as “Seigniorage”. Seigniorage is therefore a government revenue from the manufacture of coins calculated as the difference between the face value and the metal value of the coins.

<sup>18</sup> Cf. *Antinolfi, G. – Keister, T.* Dollarization as a Monetary Arrangement for Emerging Market Economies, Federal Reserve Bank of St. Louis, November/December 2001, p. 34 f.

<sup>19</sup> Cf. *Cohen, B.* Dollarization: Pros and Cons, Paper May 18, 2000; <http://www.polsci.ucsb.edu/faculty/cohen>.

<sup>20</sup> *Bratowski, A. – Rostowski, J.* Why Unilateral Euroization Makes Sense for (some) Applicant Countries (1999), p. 7.

## 2. Introduction

The project deals explicitly with the following interrelated complex questions:

a) under which conditions imposed by public international law can currencies issued by anchor countries circulate (*de facto*) or be officially (*de jure*) introduced as the national currency in form of a legal tender in a host country,

b) which economic and institutional conditions, motives and consequences determine the success of dollarization/euroization.

On the one hand, the legal and economic interdependence of this complex problem result from the *legal* aspect of a state's money and currency being an officially regulated area - more particularly an "iure imperii" area. Beyond that, the national currency is clearly to be regarded as a national emblem and therefore represents a symbol of sovereignty under public international law. From this point of view, formally adopting a foreign currency as a host country's national currency may qualify as an unlawful intervention pursuant to Art. 2 para. 7 of the Charter of the United Nations.

On the other hand, except for cases in which the adoption is imposed according to public international law<sup>21</sup>, only *national economic considerations* are decisive for the adoption of a foreign currency since, as mentioned above, by adopting an anchor country's currency, the host country not only loses seigniorage revenues but also abandons the ability to conduct an independent monetary policy regarding its national currency.<sup>22</sup> Therefore the main reason for adopting a foreign currency is the *economic* fact that the host country is not able to stabilize its national currency in a way that enables the economy to function properly in the long run. In this sense, the decision for adoption of a foreign currency instead of other less radical regimes (cf. fixing of exchange rates, currency peg, currency basket, currency board, etc.) is thus the result of a "cost-benefit analysis"

---

<sup>21</sup> Cf. the adoption of the US Dollar in East Timor in 2001 imposed by the United Nations (cf. footnote 46).

<sup>22</sup> *Salvatore, D.* Dollarization for the Americas? Editor's introduction, in: *Journal of Policy Modeling* No. 23 (2001), p. 237.

from the side of the monetary authorities. This project will therefore facilitate a better understanding of the interactions between institutional characteristics and the resulting effects of dollarization/euroization.

Historically, the US Dollar was the first currency to be adopted by another country and has since been the most widely used foreign currency due to its status as a global key currency<sup>23</sup>. However, this phenomenon called “dollarization” is also commonly used to refer to other important currencies, for instance the former adoption of the German Mark or the current adoption of the Euro. Thus, the phenomenon of “dollarization” has been more widely studied than that of “euroization”;<sup>24</sup> congruency, however, is strong and many aspects can be used analogously.<sup>25</sup>

As much as these two phenomena appear similar, there are some differences between “*dollarization*” and “*euroization*”, primarily from a legal but also from an economic perspective. Therefore, they have to be treated separately both in terms of the legal and economic analysis, so as to learn from the similarities and differences in both phenomena.

Unilateral dollarization, as well as euroization, holds within it both legal and economic aspects. In the past the topic at hand has been studied either from an economic or a legal point of view. The intertwining of the legal and economic conditions for the adoption of foreign currencies is very strong and therefore both aspects can only be properly analyzed if combined. Nevertheless, the existing literature has not yet investigated this interdisciplinary issue in detail from a legal as well as an economic perspective. Even though the *economic* literature researches this phenomenon<sup>26</sup>, it does not explicitly study the legal framework or issues related to the permissibility of such an adoption. The few *legal* studies<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Cf. footnote 55.

<sup>24</sup> Cf. *Schweickert, R.* Der Euro als Ankerwährung (2002); *Neugebauer-Tao, Y.* Chancen und Risiken einer Euroisierung der MOEL (2005).

<sup>25</sup> Cf. *Luchtmeier, H.* Dollarisierung und Euroisierung (2005).

<sup>26</sup> See for example *Borchert, M.*, Kapital und Geld, 8th edition, 2003; *Agéndor, P.-R.*, Parallel Currency Markets in Developing Countries: Theory, Evidence and Policy Implications, in *Essays in international Finance*, No. 188, November 1992, International Finance Section, Princeton University.

<sup>27</sup> *Gruson* tries a first approach *Gruson, M.*, Dollarization and Euroization – an international law perspective, *European Business Law Review*, Vol. 13, No. 2, 2002, p. 103 ff.



existing on the issue, on the other hand, do not adequately address the issue of the economic conditions and consequences of such an adoption both for the host and for the anchor country.

### 3. Specification of the subject

In addition to the abovementioned dollarization (the use of a foreign currency as legal tender or as a medium of exchange in the sense of “currency substitution”), the concept of *financial dollarization* (its use as a store of value in the sense of “asset substitution” and “liability dollarization”) must also be mentioned. The distinction between the two types of dollarization is not merely rhetorical, as “currency” and “asset substitution” (as “liability substitution”) are phenomena of a different nature. The present study does not go into detail concerning the topic of financial dollarization because on the one hand, there is already a vast (economic) literature on this topic<sup>28</sup> and on the other hand, there is a prevailing interest in researching the financial effects of bonds denominated in US Dollars and their effects on the host country’s monetary policy in general and on central bank policy in particular. Moreover, the legal questions arising in this context are mainly of a *national* nature (concerning foreign exchange control etc.) and are therefore not part of the *international economic and monetary law* approach pursued in this project. The present study deliberately concentrates only on dollarization in the form of “currency substitution” and essential *interdisciplinary* problems concerning a *legal* and *economic* focus on that very topic.

The phenomenon of dollarization raises questions in connection with public international law, e.g. if the adoption of a foreign currency (which is, as will be mentioned below, a national emblem of the anchor country) by a host country is legally permissible. This and other questions of *international economic law* make this project a very innovative one and

---

<sup>28</sup> See *Levy-Yeyati, E.*, Financial dollarization: evaluating the consequences, *Economic Policy* Vol. 21 No. 45, January 2006 and references there.

for this reason enrich the existing (nearly exclusive economic) literature about the effects of the adoption of foreign currencies by an interdisciplinary approach. From the economic point of view, the effects of the legal framework on the outcome of currency adoption episodes is an unexplored issue whose study will shed light on the importance of institutional factors on macroeconomic stability.

#### 4. Interdisciplinary intersections

Four interdisciplinary intersections between a legal and an economic examination of the adoption of a foreign currency can be distinguished and analyzed in this context. The following classification is by no means to be understood to be an exhaustive tally.

**First intersection:** motives for adopting a foreign currency from a legal as well as an economic perspective;

**Second intersection:** legal classification vs. economic advantages and drawbacks of different types of the adoption of a foreign currency (e.g. “de jure” vs. “de facto” dollarization; introduction of a parallel, ancillary or a dual currency, etc.);

**Third intersection:** permissibility and lawfulness under public international law of dollarization vs. economic optimality;

**Fourth intersection:** permissibility and lawfulness under Community or Union law of euroization in contrast to dollarization, owing to specific legal and economic problems in the Euro area.

#### 5. Structure of the study and methods applied

In order to avoid mixing jurisprudential and economic methods and thus preventing a syncretistic approach, the present research project will study the legal and economic problems in parallel. Thus cross-fertilization will take place at a stage where the first results from the different methodologies are available. This research strategy will allow jurists and economists to profit from each other’s scientific results without interfering in terms of methodological disputes at the earlier stages of the project.

The four intersections mentioned before are analyzed from both a legal and an economic point of view, although in most cases the legal analysis will precede the economic one and provide it with useful pertinent data and information. The study will follow the interdisciplinary approach above all by making various cross references between the respective disciplines.

For a detailed discussion of all the intersections mentioned before, it is essential to *empirically record* these processes on a global and a regional level – above all in Europe and Latin America. Therefore, the study attempts to record and document the adoptions of foreign currencies which have occurred so far.

The term *dollarization* describes a process in which a third country introduces the US Dollar as its national currency. More than one century ago, Panama was the first country to introduce the US Dollar as legal tender by signing a treaty with the USA; this took place on 20 June 1904. In Latin America, dollarization<sup>29</sup> became a widespread phenomenon, whereas *euroization* is a recent development which has occurred only since 2002 and is predominantly limited to European countries. Before its substitution by the Euro, the German Mark was introduced as the national currency in various European states.<sup>30</sup>

After this empirical documentation, the *legal consequences of introducing* a foreign currency in the host country and the various *types of adopting a foreign currency* shall be studied, both from a legal perspective and as factors affecting the possible economic effects of the adoption. Two *basic alternatives* can be distinguished, namely the introduction of a foreign currency in the host country as the *sole* legal tender, and thereby replacing the former national currency, and the

---

<sup>29</sup> See for example *Rennhack, R. – Nozaki, M.* Financial Dollarization in Latin America, IMF Working Paper No. 06/7, 2006; *Panizza/Stein/Talvi* (footnote 16); Secretaría General de la Comunidad Andina (ed.), *La Dolarización en Ecuador. Efectos sobre el comercio andino* (2001); *Savastano, M.* Dollarization in Latin America - Recent Evidence and Some Policy Issues, IMF Working Paper No. 96/4, 1996; *Guidotti, P.* Dollarization in Latin America: Gresham's Law in Reverse?, IMF Working Paper No. 91/117, 1991.

<sup>30</sup> Cf. subchapter 6.4.

introduction of a foreign currency complementary to the existing national currency as a *parallel, dual or ancillary currency*.<sup>31</sup> Subsequently, the study differentiates between tolerating the de facto circulation of a foreign currency in the host country (*unofficial dollarization*) and a legalized form of using the foreign currency which was introduced by a formal legal act of the host country's monetary authority (*official dollarization*).

Moreover, this study differentiates between the formal *reaction* by the *anchor country* to the adoption of its currency by the host country – either by introducing a unilateral legal act or by concluding a bilateral treaty with the host country – and an anchor country failing to express its opposition and therefore waiving its right to object. In this context, the study shall discuss the question whether the anchor country can submit its objection against the adoption of its currency by the host country to a court. The differences between economic effects in unofficially and officially dollarized countries will be studied econometrically based on the data provided in this part of the study. The next step deals with the question whether or not the introduction of a foreign currency of an anchor country by a host country has to be qualified as *legally permissible* from a point of view of public international law, concentrating primarily on investigating if this act constitutes an *illegal intervention* in the sense of Art. 2 para. 7 UN-Charter and then analyzing if there are potential grounds of justification for a possibly permissible adoption.

In parallel to the legal analysis, and intertwined with it, we will statistically assess the effects of dollarization on the host economy and, through the potential effect on trade and foreign direct investment, on the anchor economy as well. We also plan to contribute methodologically to the empirical literature on the evaluation of dollarization episodes by explicitly accounting for the possibility of endogenous sample selection when assessing the effects of the adoption of a foreign currency as legal tender in a country. This could actually play a crucial role when quantifying the effects of dollarization. Only recently Edwards and Magendzo<sup>32</sup> as

---

<sup>31</sup> For this distinction see subchapter 6.2.1.

<sup>32</sup> Edwards, S. – Magendzo, J. Strict Dollarization and Economic Performance: An Empirical Investigation. *Journal of Money, Credit, and Banking* 38 (2006), p. 269 ff.

well as Ize and Levy-Yeyati<sup>33</sup> explicitly tackle this econometric problem when assessing the effects of dollarization on the host country. Different methods have been developed to eliminate the bias caused by sample selection. On the one hand, the method of matching estimators (in particular, “propensity score matching”)<sup>34</sup> selects groups of observations which are similar in the characteristics leading to the event of dollarization but which differ on whether they have actually dollarized or not. The comparison for each “treated” observation is thus done with a group of “non-treated” observations which is as similar as possible in those characteristics that may affected the event of the treatment (dollarization/euroization). On the other hand, Heckman<sup>35</sup> proposes an estimator to correct for the effects of sample selection in the evaluation of policies. In the project we will use both methods (and variations of them proposed in the program evaluation literature) to assess the macroeconomic effects of dollarization.

## 6. Analysis of the interdisciplinary intersections

### *6.1. First intersection: motives for adopting a foreign currency from a legal perspective*

The empirically documented cases of adoptions of foreign currencies shall first be analyzed concerning their *legal* motivation. Choosing a foreign currency as the official currency or exclusive legal tender of a state can have various reasons, two of which are presented hereinafter.

*Scenario 1: Legalizing a foreign currency which de facto already circulates like a national currency.* On the one hand, a state can intro-

---

<sup>33</sup> Ize, A. – Levy-Yeyati, E. Dollarization of Financial Intermediation: Causes and Policy Implications, IMF Working Paper WP/98/28, 1 March 1998.

<sup>34</sup> Rosenbaum, P. –Rubin, D. The Central Role of the Propensity Score in Observational Studies for Causal Effects, in: *Biometrika* 1/1983, p. 41 ff.

<sup>35</sup> See Heckman, J. Sample Selection Bias as a Specification Error, in: *Econometrica* 1/1979, p. 153 ff.

duce a foreign currency in order to legalize the foreign currency which de facto already circulates like a national currency. This was the case in Montenegro<sup>36</sup> which initially de facto adopted and later legalized the German Mark and then the Euro.<sup>37</sup> Legalizing a currency which is not yet factually circulating in the host country is theoretically possible but does not occur in practice.

*Scenario 2: Introducing a foreign currency as the national currency after the formation of a new state.* By definition newly formed states are not able to have their own currency until the date of their formation and they may thus opt to use a foreign currency upon attaining sovereignty. New states thus have the option of either autonomously introducing a sovereign national currency or they may, as aforementioned, adopt an already existing foreign currency as their official currency.

From an economic perspective, it is important to evaluate whether the “de jure”-adoption could have effects on central bank credibility. This evaluation is of particularly significance in countries aiming to stabilize their economy via the act of official adoption of a leading foreign currency.

## *6.2. Second intersection: legal classification of the types of adoption of a foreign currency (German Mark, Euro, US Dollar) in the host country*

Here we make a basic difference between the introduction of a foreign currency which replaces the national currency and the adoption of a currency which circulates alongside the national currency. Moreover, this chapter distinguishes between the official and unofficial adoption of a foreign currency and subsequently analyzes the possible relations of the currencies concerned. Again, the concrete framework in which adoption takes place affects the institutional framework in which the monetary authorities conduct policy, and may have differential effects on the

---

<sup>36</sup> See for example *Vulanovic, M.*, Full Dollarization: The Case of Montenegro, CUNY Graduate Center, Working Paper Series, 2005.

<sup>37</sup> See below subchapter 6.2.2.

macroeconomic outcomes. We will study this issue in the economic side of the project using modern econometric techniques such as the ones put forward in chapter 5.

*6.2.1. The use of a foreign currency as a substitute for the national currency vs. its use as a complement to the national currency*

The former phenomenon describes the adoption of the foreign currency as the sole legal tender which thus serves as a *substitute* and replacement for the existing national currency.

When introducing a foreign currency as a *complement* to the national currency, both currencies circulate simultaneously as *parallel* or *dual currencies*. In the first case, both currencies circulate officially alongside each other without their exchange rates being fixed, whereas the latter expression refers to two currencies circulating simultaneously with permanently fixed exchange rates.<sup>38</sup>

In the long run, this type of adoption can also be chosen in order to prepare for a later introduction of the (former) foreign currency as the sole legal tender.<sup>39</sup>

The reasons for adopting either of the mentioned currency variants, is very much dependent on the situation of the adopting country. For example, in a study conducted by Altenburger, under the auspices of Prof. Crespo Cuaresma,<sup>40</sup> it was noted that the dollarization of countries whose GDP per capita was below \$ 2000 was most beneficial. The countries studied were able to lower both their rate of inflation significantly and their rate of growth volatility.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Borchert (footnote 26) p. 2.

<sup>39</sup> Borchert (footnote 26) p. 2.

<sup>40</sup> Cf. footnote 5.

<sup>41</sup> Altenburger, M., Euroization in Eastern Europe – How do dollarization and fix-pegs impact economic performance in emerging countries?, Master Thesis, Univ. of Innsbruck (2009), p. 24.

### 6.2.2. *Unofficial vs. official circulation of a currency in the host country*

The empirical evidence regarding the technique in which a foreign currency is adopted as another state's national currency, shall be classified accordingly. The study, therefore, distinguishes between a host country - merely tolerating the de facto circulation of a foreign currency (*unofficial dollarization*) and the *legalized use* of the foreign currency by a formal legal act of the host country's monetary authority (*official dollarization*).<sup>42</sup>

If a country is ***unofficially (or de facto) dollarized***, the foreign currency circulating in this country – which for instance is money from remittances sent by family members who work in the anchor country – is used as a substitute for the national currency for (unofficial) economic transactions between individuals and/or legal entities as legal subjects under civil law. The foreign currency is not used, however, for official transactions like the payment of fees or taxes. This type of dollarization is merely factual and not legalized by the host country issuing either a legislative or an administrative act.<sup>43</sup> One example is the aforementioned case of Montenegro which used the German Mark as de facto and thus an (unofficial) medium of exchange during several years before legalizing it in 1999.

If a country is ***officially (or de jure) dollarized***, the use of the foreign currency is legalized by the domestic monetary authority. There are the following different types of *official adoption* of a foreign currency to be observed.<sup>44</sup>

*Scenario 1: Independent unilateral introduction of a foreign currency by the host country (unilateral dollarization).* The host country unilaterally adopts the foreign currency as its national currency. Examples of unilateral adoption of a foreign currency in the Latin American region were the dollarization of Ecuador<sup>45</sup> and El Salvador, both in 2000.

---

<sup>42</sup> Levy-Yeyati (footnote 28) p. 62.

<sup>43</sup> See for example Ize, A. - Powell, A., Prudential Responses to De Facto Dollarization, IMF Working Paper No. 04/66, 2004.

<sup>44</sup> Bogetic, Ž. Official Dollarization : Current Experiences and Issues, The Cato Journal, Fall 2000, Vol. 20 Issue 2, p. 179 ff.

<sup>45</sup> See for example Beckerman, P. Dollarization and Semi-Dollarization in Ecuador, World Bank Policy Research Working Paper No. 2643, 2001; Secretaría



*Scenario 2: Imposed adoption of a foreign currency (imposed dollarization).* In addition to whichever kind of voluntary introduction of a foreign currency as legal tender there is the type of imposed and hence *heteronomous adoption* of a foreign currency. A prominent example is the newly independent state East Timor where the Special Representative of the Secretary-General of the United Nations officially introduced the US dollar in 2001 as the national currency of that country.<sup>46</sup>

Besides those both types of unilateral adoption of a foreign currency, the anchor country can also consent to the adoption of its currency by the host country.<sup>47</sup>

### *6.3. Third intersection: permissibility and lawfulness of dollarization under public international law*

Whether the adoption of a foreign currency by the host state is permissible under public international law depends on the approval of the anchor state as the currency is a country's national emblem. The consent by the anchor country legalizes the adoption of its currency by a host state. If no such consent is given, the adoption of its currency would in principle formally constitute a violation of public international law. However, this violation could be justified by acquiescence of the anchor country failing to protest. The probability of stabilization in the host economy, following adoption, will be dependent upon the effect these different scenarios have on the perceived credibility of the anchor economy's central bank. We will disentangle these effects using statistical methods based on the historical experiences of dollarization and euroization.

---

General de la Comunidad Andina (ed.), *La Dolarización en Ecuador. Efectos sobre el comercio andino* (2001).

<sup>46</sup> See *Gruson* (footnote 27), p. 103 ff; cf. also footnote 10 and 21.

<sup>47</sup> See the following subchapter 6.3.1.

6.3.1. *Consent by the country issuing the foreign currency (anchor country)*

Besides unilateral introduction of a foreign currency by the host country without any explicit reaction of the anchor country, the anchor country can officially react to the unilateral official introduction of its currency by the host country.

The anchor country can react to the adoption of its currency in one of two possible ways:

(a) First, it can give its *unilateral* (explicit or implicit) *approval* to the unilateral adoption of its currency by the host country; and

(b) Second, the anchor country can give its approval in the form of a *bilateral agreement* with the host country.

Regarding *alternative (a)*, the anchor country can give its unilateral approval to the adoption of its currency by the host country either explicitly or implicitly.

The anchor country gives its *explicit* consent to or recognition of the act of adopting the foreign currency by the host country in the form of an “act of state”. There are different forms in which such an act of state can be introduced (administrative act, statute, etc.), one specific example being the “International Monetary Stability Act”.<sup>48</sup> With this act, the USA intended to permit the official dollarization in Argentina proposed by its president Carlos Menem in 1999 and to regulate its consequences.

An anchor country can also simply pronounce its consent to the adoption of its currency by the monetary policy it pursues.

*Implicit* consent on the other hand is considered to be given in case of *acquiescence* by the anchor country. However, this only has legal consequences if there is a statutory duty to react to the adoption. Such a duty exists in cases where the holder of a right would forfeit this right if he did not express his opposition concerning the damaging act. The right which the anchor country, that fails to express his objection, would lose

---

<sup>48</sup> This bill was submitted by Connie Mack, then chairman of the Joint Economic Committee, but was never discussed in the Senate and thus expired at the end of the legislative session; see *Cohen, B.* Dollarization rest in peace, Orfalea Center for Global & International Studies, Paper 16 (2004), available at <http://repositories.cdlib.org/gis/16/>, p. 6.

would be its sovereign right to exclusively use its currency as a national emblem – as a legal consequence of this acquiescence.

Regarding *alternative (b)*, bilateral consent between the anchor country and the host country on the introduction of a foreign currency as the national currency of the host country is usually given in the form of an exchange of notes or a treaty under public international law between the state which issued the foreign currency and the state where the foreign currency shall henceforth circulate as the national currency. An example thereof is the Currency Treaty between the Principality of Liechtenstein and Switzerland of 1980<sup>49</sup>, which replaced the unilateral introduction of the Swiss Franc by the Principality of Liechtenstein, occurring in 1924.

Reasons for taking on a foreign currency may be numerous, but there also exist numerous motivational factors for an anchor country being in favour, and thus consenting, to the use of its currency by another state. In 2002 Bratkowski and Rostowski conducted a study in which they examined the EU's attitude towards unilateral euroization. Not only did they suggest modifications to the Maastricht convergence criteria<sup>50</sup>, modifications which would have helped in speeding up the Euro's geographic proliferation, but they also came to the conclusion that the EU would benefit if it were to accept unilateral euroization. The benefits they saw were threefold; firstly, the countries concerned would have to buy the Euro with their international monetary reserves – thus increasing the buyer's market and subsequently the value of the Euro; secondly, they saw the economies concerned as being "very small" in comparison to the rest of the European Monetary Union (EMU); thirdly, they saw unilateral euroization creating seigniorage revenue for EMU members.<sup>51</sup> Today, the global financial crisis, and more localized, the European sovereign debt crisis, have shown that even comparably small economies can bring with them an abundance of unneeded and serious problems.

---

<sup>49</sup> *Währungsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein*, of 19 June 1980; in force as from 25 November 1981; Schweizerisches Bundesrecht 0.951.951.4; JO AS 1981 1715.

<sup>50</sup> *Bratkowski, A. - Rostowski, J.* The EU attitude to unilateral euroization, *Economics of Transition* Volume 10 2/2002, p. 458 ff.

<sup>51</sup> *Bratkowski/Rostowski* (footnote 50), p. 464 f.

In 2004, and in line with factors which could prompt a nation to consent to the dollarization of its currency, Cohen examined the advantages the greenback had brought the United States. He identified four distinct points. Firstly the undisputed fact of seigniorage is mentioned, secondly he makes mention of the increased flexibility in macroeconomic policy, given that the U.S would be able to rely on its own currency to help finance foreign deficits, thirdly he recounts the psychological significance of market dominance, and lastly he sees an increase in political power which stems from the monetary dependence of others.<sup>52</sup> Cohen concludes in saying that the United States will not actively promote the dollarization of the greenback, but at the same time he states that “America has every interest in preserving and defending the advantages it presently derives from the market leadership of the dollar.”<sup>53</sup>

### *6.3.2. No consent by the country issuing the foreign currency*

#### *6.3.2.1. Money as a national emblem and expression of a state's economic sovereignty*

*Sovereignty* is one of the most important elements of statehood in the context of international law and can be divided in *internal* sovereignty, which is the autonomous power a state has over internal matters, and in *external* sovereignty, which qualifies states as independent and equal subjects and actors of public international law. The second aspect is expressed in Art. 2 para. 1 of the UN-Charter. A typical part of a state's sovereignty is, inter alia, to hold its currency as a national emblem. Every state controls its currency autonomously. Any interference in this power of disposition over its own national currency by a third country would constitute an ***unlawful intervention*** in the internal affairs of the state whose rights are being impinged upon; the infraction could only be justified by the anchor country's approval thereto. However, this argumentation is put into perspective by the fact that currencies of states which do not

---

<sup>52</sup> *Cohen, B. America's Interest in Dollarization* (2004), paper 9, p. 4 ff.; <http://repositories.cdlib.org/gis/9/>

<sup>53</sup> *Cohen* (footnote 52), p.17.

have a system with foreign exchange control are traded on the free market and therefore circulate internationally and are used as a medium of exchange. The question as to whether the adoption of a state's currency by another state qualifies as an unlawful intervention in the internal affairs of this country cannot be easily answered since the line between the circulation which cannot be prevented if a currency is traded or used internationally and the adoption of a currency by a third country without the permission of the anchor country, is often difficult to draw.

*6.3.2.2. Does the adoption of a foreign currency as the host country's national currency qualify as unlawful intervention?*

In the course of this research project the essential question will be whether or not and under which circumstances the adoption of a foreign currency by the host country qualifies as an unlawful intervention. Primarily it is to be clarified whether or not the power of disposition over a state's sovereign currency is seen as a matter "essentially within the domestic jurisdiction" of the anchor country within the meaning of Art. 2 para. 7 UN-Charter.

If this is the case, the following constellations have to be taken into consideration:

(a) The mere factual circulation of a currency in the host country does not qualify as an intervention.

(b) The adoption of a foreign currency can only qualify as an intervention if the foreign currency is introduced as the national currency by an official "act of state" (statute, administrative act etc.). Even if a foreign currency was to be adopted officially, this act would not constitute an intervention if the anchor country explicitly agreed on the introduction or failed to express its opposition thereto. Containing active dissent on the part of the anchor country – in the case of "euroization" the EU act as a community of countries - and as already broached above, the example of Montenegro clearly shows that the European Union has not reacted favourably to nations using the Euro as official legal tender outside the Eurozone.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Die Presse, Erweiterung: Ein Euro zu viel: EU rügt Montenegro. Published 09.10.2007, available at [http://diepresse.com/home/politik/eu/335529/Erweiterung\\_Ein-Euro-zu-viel\\_EU-ruegt-Montenegro](http://diepresse.com/home/politik/eu/335529/Erweiterung_Ein-Euro-zu-viel_EU-ruegt-Montenegro), last visited 17 August 2012.

### *6.3.2.3. Limited or no scope of action of the anchor country*

If an anchor country's currency circulates in a host country for the sole reason that the currency issued by the anchor country is a globally circulating leading "international currency", the anchor country has no scope of action whatsoever to interfere in the circulation in any form. The currency is generally available on the foreign exchange markets and thus every third country or private person can buy any amount of currency units and can later use it for economic transactions outside the anchor country. The US Dollar is a classic example of such an international currency. The US intend to place it as a key currency and deliberately make it available for world trade transaction.<sup>55</sup>

It goes without saying that the abovementioned possibilities only present themselves for the anchor country if the currency is adopted officially. In case of unofficial circulation of a state's currency in a third state, the anchor country can neither agree to nor oppose the adoption except in cases where the monetary system constitutes a system of foreign exchange control. Continuing with the case of Montenegro, the scope of action the European Union has is to impede or even prevent the country's EU accession process. If the EU were to accept Montenegro as a union member, it could still be excluded from the official Eurozone. This in essence would mean that Montenegro would still be able to use the Euro; it however, would not be able to partake in any of Frankfurt's monetary policy.

### *6.3.2.4. Prohibition of the adoption of the foreign currency by the anchor state*

Adopting a foreign currency, which is a national emblem of the anchor country, on the basis of an official "act of state" qualifies as an intervention in the internal affairs of the anchor country, and therefore the anchor country can prohibit it.

Failing to object can have legal consequences, as mentioned above. In practice, states repeatedly failed to object to the adoption of their currencies by anchor countries. This therefore can be qualified as gene-

---

<sup>55</sup> See *Gruson* (footnote 27), p. 117. It is estimated that as much as 60% of all US Dollars circulate outside the USA at any given time.

ral state practice (“consuetudo”) which could, over time, establish *customary international law*.

The case of Montenegro shows that the EU did not fail to object to an act which it saw as having the potential to compromise the zone’s monetary regulations. The EU reprimanded Montenegro on its unilateral and official use of the Euro (subchapter 6.3.2.2). If the EU’s actions, here, can be seen as an objection persistent enough to stop acquiescence from taking place, is up for debate. As is mentioned in subchapter 6.4 below, the breach in the use of the Euro did not stop the EU from letting Montenegro become an official EU candidate country.

#### *6.4. Fourth intersection: permissibility and lawfulness under Community or Union law of euroization in contrast to dollarization*

Concerning euroization of a ***non-member state of the EU***, the rules described above in section 6.3. regarding dollarization apply accordingly. The Euro is the second most important currency in the world after the US Dollar and therefore, a part of the money supply circulate in various third countries where it is or can be used as currency.

The EU groups the use of the Euro outside of the Euro Area into (1) *agreed official use*, (2) *de facto use*, (3) *pegs by virtue of a bilateral agreement* and (4) *unilateral pegs*.

Ad (1) The European Commission lists four countries which use the Euro officially. They are the Principality of Monaco, the Republic of San Marino, the Vatican City State and the Principality of Andorra. Each of these four countries use the Euro as their official currency as laid down in respective agreements.<sup>56</sup> Also exists a Council decision on the use of the Euro in the French Overseas Territories of Saint-Pierre-et-Miquelon and Mayotte.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Monaco (JO 2002, L 142, p. 59 ff., modified JO 2008, L 31, p. 34 ff.), San Marino (JO 2001, C 209, S. 1 ff.), Vatican City State (2010, C 28, p. 13 ff., modified JO 2012, L 174, p. 24 ff.) and Andorra (JO 2011, C 369, p. 1 ff.).

<sup>57</sup> Council Decision 1999/95/EC of 31 December 1998 concerning the monetary arrangements in the French territorial communities of Saint-Pierre-et-Miquelon and

Ad (2) The Commission lists the Euro as the “de facto currency” of the Kosovo and Montenegro; there exists no agreement with either state.<sup>58</sup>

Ad (3) and (4) The Commission has also published examples of countries who have taken one of the various forms of unilaterally linking their currency to the Euro. Firstly, countries may peg their currency directly to the Euro, a direct peg can be supported by independent intervention in currency markets. Examples listed are: Croatia, the Former Yugoslav Republic of Macedonia (FYROM), Serbia and Tunisia. Secondly, a currency board may be established and tasked with maintaining the fixed exchange rate. Such examples are Bulgaria and Bosnia & Herzegovina. Lastly, a country may link its currency to a basket of currencies. Examples of states pegging to baskets of currencies are Botswana, Jordan, Libya, Morocco, Russia, Seychelles, and Vanuatu.

Unlike euroization by a non-member, “euroization” by an *EU member state* or by a *candidate country* is not permissible as long as they do not fulfill the convergence criteria which are required to be met in order to participate in the third stage of the Economic and Monetary Union (EMU)<sup>59</sup>. EU member states who have not qualified to participate in the third stage of the EMU - this also applies in parallel to EU candidate countries - have to comply with specific (time) requirements which cannot be avoided under any circumstances by the “de facto/de jure”-adoption of the Euro. The premature adoption of the Euro by these countries would constitute an unlawful act which nevertheless on no account qualifies as an intervention.

---

Mayotte, OJ 1999, L 30, p. 29 f.; cf. *König, T. Das regelgebundene Währungssystem der Franc-Zone im Wandel der Zeit* (2001).

<sup>58</sup> The Commission has published that the following Overseas Territories or respective countries have linked their currencies to the Euro by bilateral agreement: French Polynesia, New Caledonia, Wallis and Futuna Islands (the CFP Franc is used in these regions); Benin, Burkina Faso, Cote d’Ivoire, Guinea-Bissau, Mali, Niger, Senegal and Togo (the West African CFA Franc is used in these states); Cameroon, Central African Republic, Chad, Republic of the Congo, Equatorial Guinea and Gabon (the Central African Franc is used in these states); the Union of the Comoros and the Republic of Cape Verde. In all of these cases the Euro area has reserved itself the right not to be obligated to support the existing currency peg.

<sup>59</sup> Cf. footnotes 71 and 72.



The case of an unlawful intervention, here, raises the question of representation. The Euro, being the supranational currency of actual eighteen participants of the third stage of the EMU,<sup>60</sup> could (at first glance) potentially bear with it a case involving eighteen plaintiffs – should unlawful intervention have taken place. However, keeping matters on the supranational level and thus handing the matter to the Euro’s supranational monetary authority seems a sound solution.

From a pragmatic point of view, the organ responsible for EU monetary affairs, the ECOFIN Council, has already encountered this problem and dealt with it in the following way: In its 2301st session on 7 November 2000, it declared to be against every kind of euroization by candidate countries.<sup>61</sup> In pertinent literature this opinion is explained by the EU’s and ECB’s concern that such measures could undermine the “convergence criteria” and thus affect the credibility of the Euro.<sup>62</sup> However, this conclusion is not supported by the protocol of the ECOFIN session and is moreover de facto disproved by the fact that the EU failed to object officially to the abovementioned unilateral “euroization” of Montenegro – being a Western Balkan country, thus obtaining the status of a candidate country.<sup>63</sup> In this case the EU’s unclear policy on the matter becomes visible.

Independent of the EU’s policy, various experts warned in the then early stages of the European sovereign debt crisis (2008 ff.) that a premature adoption of the Euro, in Eastern European states outside the Eurozone, would constitute an unhealthy act and an unsustainable ‘quick-fix’ at best.<sup>64</sup> At approximately the same time during the crisis, Bulgaria was trying to

---

<sup>60</sup> Cf. footnote 11.

<sup>61</sup> See [http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/en/ecofin/ACF717B.htm](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ecofin/ACF717B.htm)

<sup>62</sup> See *Gruson* (footnote 27), p. 119.

<sup>63</sup> See *Hoffmeister, F.* Die Beziehungen der Europäischen Union zu den Staaten des Westbalkans, in: Kadelbach, S. (ed.), *Die Außenbeziehungen der Europäischen Union* (2006), p. 125 f.

<sup>64</sup> Früher Beitritt zur Eurozone: Schlechte Idee für östliche EU [DE], available at <http://www.euractiv.com/de/finanzdienstleistungen/frueher-beitritt-zur-eurozone-sc-news-255217>, published 7 April 2009.

attain access to the Eurozone via the required method of achieving the Maastricht criteria. At that time Bulgaria had hoped to be able to join the Eurozone by 2013.<sup>65</sup>

As part of their paper on the EU's attitude to unilateral euroization, Bratkowski and Rostowski also consider the then current legal aspects of the matter in question. According to what they had written, the Treaty of Amsterdam (1997) purportedly set out the steps an applicant country would have needed to follow if it had had the intention of adopting the Euro legally. However, they were of the conviction and thus argumentatively established that the Treaty of Amsterdam "[did] *not* set out a sequence of steps" which dictate how an applicant country should have gone about adopting the Euro.<sup>66</sup> Further still, they concluded in saying that unilateral euroization, here including candidate countries, was not illegal. Nonetheless, they also saw that the unilateral "*euroization*" of a *candidate country* is not comparable to that of a fully fledged Euro country, i.e., a country having followed the procedure in question. One of the preclusions they found is the inability of the unilaterally euroized candidate country to take part in Euro policy formation.<sup>67</sup>

As regards Iceland's quest in trying to find a solution for its financial woes, its Prime Minister Geir Haarde declared in an interview on 29 November 2008 that: "Iceland is prepared to consider a variety of options to solve its currency problems, including the possibility of adopting the Euro without joining the European Union". He added that the financial crisis that had ravaged the Icelandic banking system and currency had underscored the pitfalls of managing a currency in a small, open economy. "People are looking into the possibility of '*dollarization,*' or *unilateral adoption of the Euro*, which would probably raise a lot of eyebrows in the European Union," he said. "And a third possibility might be a *currency board,*" a monetary authority that would be required to maintain a fixed exchange rate with a foreign currency. [...] The European Central Bank

---

<sup>65</sup> Neue Zürcher Zeitung (NZZ), Sofia sucht das Vertrauen Brüssels, published 11 September 2009: <http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/sofia-sucht-das-vertrauen-bruessels-1.3537515>.

<sup>66</sup> Bratkowski/Rostowski (footnote 50), p. 466.

<sup>67</sup> Bratkowski-Rostowski (footnote 50), p. 467.

has made it clear that it opposes any attempts by countries to adopt the Euro without going through the normal process, which first requires joining the EU. [...] Iceland is not in the EU, but Haarde's party pledged to re-evaluate the merits of membership after the financial crisis Haarde said that if Reykjavik decided to join the EU, [...] it might take two years to become a member and at least three more to adopt the Euro if it were to follow guidelines".<sup>68</sup>

In the wake of its financial crisis Iceland made a strategic error. It was after an initial announcement to adopt the Norwegian Krone – withdrawn afterwards – that the country announced its intention to introduce the Euro – this a mere week (!) after its application for EU membership of 17 July 2009. However, as an EU candidate country a fixed set of rules concerning the adoption of the Euro were in place and Brussels denied Iceland its wish to begin using the Euro prematurely, thereupon Iceland formally rescinded its Euro currency plan.

This example brings to light that acquiring the Euro by becoming a candidate country puts the country in question on hold for a number of years before it can legally use the Euro. Iceland could have taken the fast-track to the Euro by following Montenegro's example, i.e. unilaterally euroising and thereafter applying to become an EU candidate country. The route Iceland has taken, i.e. applying to become an EU candidate country before unilaterally euroising, will see a good number of years pass by before the Euro can be officially used. Unbelievably, the case of Iceland and its monetary ambitions has recently shown how a change of politics can quickly quash earlier decisions and steps taken. Iceland's new Prime Minister Sigmundur David Gunnlaugsson declared on the 23 of May 2013 that his country now wishes to stop the EU accession process.<sup>69</sup> It is an astounding step for a country which is a member of the European Economic Area (EEA) and thus being so intricately linked to the EU as any other third state.

The existing opposition to EU candidates euroizing unilaterally stems from the belief that such practice could eventually undermine the

---

<sup>68</sup> International Herald Tribune, Sunday, November 30, 2008; <http://www.iht.com/articles/2008/11/30/business/iceland.php>

<sup>69</sup> Cf. *Hummer, W.* Verzichtet Island auf den Beitritt zur EU?, EU-Infothek of 4 June 2013.

“Copenhagen Criteria” of 21/22 June 1993.<sup>70</sup> Furthermore, unilateral euroization of an EU member state, not already a participant in the third stage of EMU, would frustrate the convergence criterion which requires members to participate in the Exchange Rate Mechanism II (ERM II) for two years. This is pursuant to Article 140 para. 1, subpara. 1 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)<sup>71</sup> in conjunction with Article 3 of the Protocol (No. 13) on the convergence criteria<sup>72</sup>, referred to in Article 140 TFEU.

## 7. Concluding Remarks

This project looked at the motives for adopting a foreign currency, the types of adoption and the legality of such an act. As adumbrated in the preliminary remarks, the constraints limiting the scope of this study have allowed only for a fundamental structure to be developed. Nonetheless, in using this structure, the study hoped to shed a conjoined beam of light of both law and economics onto aspects which have traditionally been viewed through the separate lens of either discipline.

While the economic motives behind dollarizing or euroizing are plentiful, the legal constrictions, although existent, are not nearly as numerous. In fact, countries who have taken unfavourably towards the dollar, especially in specific transaction sectors, have often earned Washington’s scorn. Hence, for the most part, the use of the U.S. Dollar can be said to be encouraged.

The use of a foreign currency as one’s own, as has been shown, can take on numerous guises. A country’s population may, for example, want to protect itself from the effects of an inflationary local currency. Likewise, a government may want to officially use another nation’s currency as

---

<sup>70</sup> European Council, Copenhagen, 21-22 June 1993, Presidency Conclusions, SN 180/1/93 Rev 1.

<sup>71</sup> OJ 2012, C 326, p. 108 f.

<sup>72</sup> OJ 2012, C 326, p. 281 f.

their own, in order to spare its economy, and subsequently population, the strife associated with being exposed to the ‘whims and fancies’ of global markets. For whatever reason dollarization and euroization occur and whichever form they are to come in, their prevalence will increase during economically fickle times. And economically fickle times are ever-occurring.

As regards the balance of *costs* and *benefits* of full “dollarization/euroization”, “the costs are by and large identifiable and can be quantified. On the other hand, the benefits remain to be demonstrated”.<sup>73</sup> The same authors go even further in saying, “that the answer may seem frustratingly two-handed (...) The potential benefits of lower interest rates and the cost of forgone seigniorage revenues can at least be estimated. But many of the most important considerations, such as the value of keeping an exit option and lender of last resort protections, are virtually unquantifiable”.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Berg, A. – Borensztein, E. The Pros and Cons of Full Dollarization, IMF Working Paper WP/00/50, March 2000, p. 11; cf. Quispe-Agnoli, M. Costs and Benefits of Dollarization, Paper, July 2002.

<sup>74</sup> Berg, A. – Borensztein, E. Full Dollarization. The Pros and Cons, IMF Economic Issues No. 24, December 2000, p. 12; Eichengreen, B. What problems can dollarization solve?, Journal of Policy Modeling 2001, p. 276



# EL TERRITORIO INSULAR A LA LUZ DEL FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 2012

María Teresa INFANTE CAFFI

## 1. La demanda de Nicaragua. Jurisdicción y Soberanía

El territorio insular ha sido protagonista central en el caso discutido ante la Corte Internacional de Justicia por la demanda de Nicaragua contra Colombia, entre 2001 y 2012<sup>1</sup>. En todo este largo proceso, la naturaleza del territorio, el título de soberanía, la caracterización del archipiélago y sus límites geográficos, así como la relación con otras islas presentes en el área, entre otros aspectos, fueron discutidos a la luz del derecho internacional.

Es posible que esta controversia sea más estudiada en el futuro, por su resultado en cuanto a la delimitación marítima y el desarrollo que pudiera darse en el futuro en temas del derecho del mar relacionados con la plataforma continental<sup>2</sup>. Otros ángulos que han sido planteados

---

<sup>1</sup> *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 832 y *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012. Comentario en N. Grossman, "Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)", *American Journal of International Law*, April 2013, 107, No.2, pp. 396-403

<sup>2</sup> La Corte no se pronunció sobre la argumentación de Nicaragua relativa a delimitar la plataforma continental extendida (como lo sostenía ese país), y refirió el tema de la determinación de esa extensión natural correspondía a las competencias de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, según la Convención de las

respecto de esta sentencia se reflejan en el estudio iniciado por Colombia sobre la ejecución de aquélla y en su retiro como parte del Pacto de Bogotá en 2012<sup>3</sup>.

A este cuadro se agrega la posibilidad de que Nicaragua avance su posición en materia de plataforma continental extendida, no solamente ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de las Naciones Unidas, sino que en cuanto a su potencial título a una delimitación con la zona de 200 millas de la costa continental de Colombia. La posición colombiana en la materia ha sido recientemente planteada en su nota de 22 de abril de 2013, al Secretario General de las Naciones Unidas; allí, el país afirma que no aceptará que el goce y ejercicio de sus derechos soberanos puedan ser afectados por un acto unilateral o una omisión de otro Estado, y anticipa su objeción a que se afecten sus derechos<sup>4</sup>, los que -señala- no cesará de ejercer.

En 2001, la demanda nicaragüense contra Colombia, planteó el tema territorial de la siguiente forma: primero, le correspondía [a su país] la soberanía sobre las islas: San Andrés, Santa Catalina y Providencia, así como sobre los islotes y cayos que dependen de ellas; y después, la soberanía sobre los cayos Albuquerque; Este Sudeste; Roncador; Norte; Sudoeste y todos los cayos en el banco de Serrana; Este; Beacon y todos los cayos en el banco de Serranilla; Low y todos los cayos en el banco de Bajonuevo. Si algunas formaciones en el banco de Quitasueño podían pretender el estatuto de islas, según el derecho internacional, también pertenecían a Nicaragua.

---

Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. La Corte tomó nota de que Nicaragua había presentado un Informe Preliminar ante la Comisión en 2010, sobre la plataforma extendida. I.C.J. Reports 2012, para. 113–131.

<sup>3</sup> “María Angélica Olguín Canciller Colombiana: No creo que haya que correr, la implementación de los fallos tiene un promedio de 7 a 8 años”, El Mercurio, Santiago, 28/06/2013/, p. A6.

<sup>4</sup> Annex to the note verbale dated 29 April 2013 from the Permanent Mission of Colombia to the United Nations addressed to the Secretary-General. A/67/852, 2 May 2103.

[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/67/852](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/67/852)



En la Réplica, Nicaragua volvió a discutir la composición del Archipiélago de San Andrés, y en particular el estatus de los cayos<sup>5</sup>. Respecto de las formaciones en el banco de Quitasueño, en caso de que la Corte los caracterizase como islas según el derecho internacional, Nicaragua solicitaba igualmente que se declarase que la soberanía sobre ellos, le pertenecía.<sup>6</sup> El gráfico anexo muestra la configuración del área de estudio de la Corte.

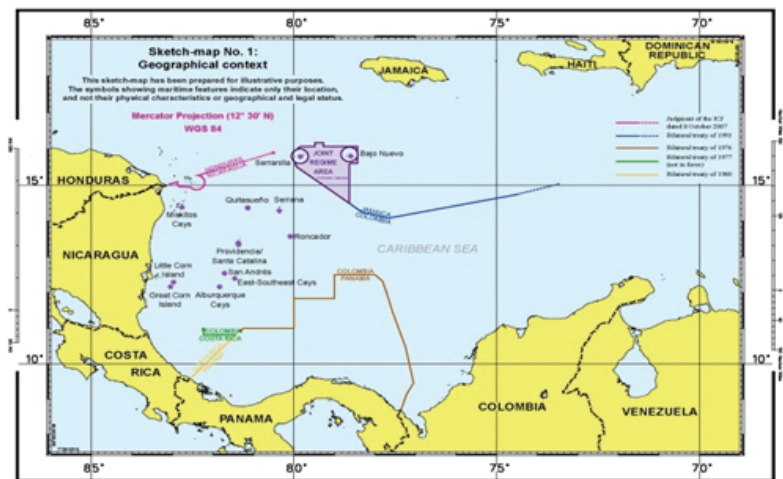


Gráfico N°1, p. 16. Contexto geográfico. <http://www.icj-cij.org/docket/files/124/17164.pdf>.

<sup>5</sup> (1) *The Republic of Nicaragua has sovereignty over all maritime features off her Caribbean coast not proven to be part of the “San Andrés Archipelago” and in particular the following cays: the Cayos de Albuquerque; the Cayos del Este Sudeste; the Cay of Roncador; North Cay, Southwest Cay and any other cays on the bank of Serrana; East Cay, Beacon Cay and any other cays on the bank of Serranilla; and Low Cay and any other cays on the bank of Bajo Nuevo.*

(3) *The appropriate form of delimitation, within the geographical and legal framework constituted by the mainland coasts of Nicaragua and Colombia, is a continental shelf boundary with is a continental shelf boundary with the following coordinates: ...”*

<sup>6</sup> Una explicación de la perspectiva nicaragüense en Mauricio Herdocia Sacasa & Norman Caldera Cardenal, Managua, Ricardo A. de León Borge, 2013. Un comen-

La cualidad insular de cayos y formaciones de cayos se relacionaba además con la respuesta que se diera a la primera pregunta, es decir, si correspondían a lo descrito en el artículo 121 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (la Convención), calificándolas como islas.

¿Es diferente el título de soberanía sobre una isla que respecto de unos cayos? Desde el punto de vista del derecho del mar ¿esta distinción tiene fundamento? Si la respuesta es positiva ¿qué consecuencias se derivan de ella?

La Corte respondió –con independencia de la cuestión de la soberanía- que el título sobre un mar territorial o un área marítima, era autónomo respecto del tamaño de una isla, tomando como base el artículo 121, para.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>7</sup>. Esta afirmación era aplicable también a los Cayos de Albuquerque, Cayos del Este y Sudeste, Roncador, Serrana, Serranilla y Bajo Nuevo. Quitasueño fue analizado en forma separada dada su particular configuración (según Colombia estaba constituido por 34 formaciones individuales que «podían ser consideradas como islas porque estaban descubiertas en alta marea», y por al menos 20 elevaciones de baja marea situadas a menos de 12 millas de una de las islas o de varias de ellas).

En este artículo pasaremos revista a diversos aspectos que permiten situar los argumentos de las partes y el razonamiento de la Corte, considerando siempre la perspectiva del territorio.

---

tario sobre las posiciones de las partes, en C.López Contreras, “La disputa territorial y marítima (Nicaragua contra Colombia). Breves comentarios sobre las posiciones sostenidas por las partes”, *El Derecho Internacional en el Mundo Multipolar del Siglo XXI, Obra en Homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, 2013, IPROLEX, pp. 489-511.

<sup>7</sup> Afirmación tomada de *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Merits, Judgment I.C.J. Reports 2001, p. 97, para. 185.

## 2. Las islas en el razonamiento de la Corte

El artículo 121 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de la cual Nicaragua era parte y Colombia no, y que consta de tres párrafos, fue recogido por la Corte como parte del derecho consuetudinario sobre el régimen legal de las islas. Sostuvo la Corte, que esos párrafos forman un régimen indivisible (definición de islas, su título a poseer espacios marítimos plenos cualquiera fuere la extensión, con excepción de las rocas que no pueden soportar habitabilidad o vida económica propia y que no pueden tener zona económica exclusiva y plataforma continental).

El artículo 121 dispone:

“1. Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar.

2. Salvo lo dispuesto en el párrafo 3, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental de una isla serán determinados de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicables a otras extensiones terrestres.

3. Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental.”

En la jurisprudencia reciente, las islas han figurado en varios casos litigados ante la Corte (Rumania v. Ucrania)<sup>8</sup>, (Nicaragua v. Honduras)<sup>9</sup> y ante otros tribunales (Bangladesh/Myanmar en ITLOS)<sup>10</sup>; no obstante, en estos casos no se ha discutido la soberanía, sino la capacidad para generar espacios marítimos o para servir como costa relevante para determinar la proyección de la costa y la línea de delimitación.

---

<sup>8</sup> *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 61.

<sup>9</sup> *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 659.

<sup>10</sup> *Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, ITLOS, Judgment, 14 March 2012.

En la *Territorial and Maritime Dispute* (Nicaragua v. Colombia, Judgment, 2012), la Corte confirmó la tesis de que existe un derecho de toda isla a poseer un mar territorial de 12 millas, y que en el caso de que se le hubiese reconocido menos extensión de ese espacio soberano, lo habría sido por haber una superposición entre títulos relativos a mares territoriales de los respectivos países o por la presencia de un límite histórico o acordado.

### 3. Jurisdicción de la Corte y el título sobre el territorio

En la sentencia de la Corte de 13 de diciembre de 2007, el tribunal se pronunció sobre su jurisdicción para conocer la demanda y en ese contexto, decidió acerca del concepto de archipiélago de San Andrés según el Tratado de 1928 y el Protocolo de 1930 entre Nicaragua y Colombia. El artículo primero del Tratado de 1928 había establecido que:

“La República de Colombia reconoce la soberanía y pleno dominio de la República de Nicaragua sobre la costa de mosquitos comprendida entre el cabo de Gracias a Dios y el río San Juan, y sobre las islas Mangle Grande y Mangle Chico, en el océano Atlántico (Great Corn Island, Little Corn Island); y la República de Nicaragua reconoce la soberanía y pleno dominio de la República de Colombia sobre las islas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y todas las demás islas, islotes y cayos que hacen parte de dicho archipiélago de San Andrés.

No se consideran incluidos en este tratado los cayos Roncador, Quitasueño y Serrana; el dominio de los cuales está en litigio entre Colombia y los Estados Unidos de América.”

El Protocolo de 1930 dispuso a su vez, que

“Los infrascritos, en virtud de la plenipotencia que se les ha conferido, y con instrucciones de sus respectivos Gobiernos, declaran: que el Archipiélago de San Andrés y Providencia, que se menciona en la cláusula primera del tratado referido no se extiende al occidente del meridiano 82 de Greenwich”. Esta afirmación sería un elemento central de la controversia entre los países, en cuanto a qué se entendió por Archipiélago de San Andrés y Providencia, así como sobre el valor jurídico de la referencia al “meridiano 82 de Greenwich”.

La Corte dijo a este respecto que:

*“A la luz de lo antes indicado, la Corte encuentra que puede dar por resuelto el tema de las tres islas del Archipiélago de San Andrés expresamente nombradas en el primer párrafo del Artículo I del Tratado de 1928 en la actual etapa del proceso. Esa materia ha sido resuelta por el Tratado. Consecuentemente, el Artículo VI del Pacto es aplicable sobre este punto y en consecuencia la Corte no tiene jurisdicción según el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá sobre la cuestión de la soberanía respecto de las tres islas mencionadas”.*

*“..., la Corte acepta la primera objeción preliminar planteada por Colombia en lo que respecta a la jurisdicción de la Corte respecto de la soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.”<sup>11</sup>*

En el fondo, la cuestión que quedó pendiente fue la “*jurisdicción de la Corte respecto del alcance y composición del resto del Archipiélago de San Andrés*”, y el significado del Artículo VI del Pacto de Bogotá, en cuanto a si esas otras formaciones insulares también quedaban fuera de la controversia.

La Corte encontraría su respuesta en la interpretación del Artículo VI del Pacto en cuanto a que éste exige que no haya una controversia jurídica entre las Partes a la fecha de celebración de ese Tratado. A este respecto, es interesante conocer el razonamiento del Tribunal en 2007, en lo que respecta a sus consecuencias para la jurisdicción, ya fuese en el marco del Pacto de Bogotá o de cualquiera otra base de jurisdicción sobre el caso:

*“The Court’s acknowledgment of the fact that sovereignty over the three islands was attributed to Colombia under the 1928 Treaty was made for the purposes of ascertaining whether or not the Court had jurisdiction over the matter under the Pact of Bogotá. However, the very fact that the dispute on the question of the sovereignty over the three islands has been settled by the 1928 Treaty is equally relevant for the purposes of determining whether the Court has jurisdiction on the basis of the optional clause declarations. In this regard, the*

---

<sup>11</sup> *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 33, para. 90.

*Court notes that Article 36, paragraph 2, of the Statute expressly requires that, in order for the Court to have jurisdiction on the basis of optional clause declarations, there must exist a “legal dispute” between the Parties.*

*Given the Court’s finding that there is no extant legal dispute between the Parties on the question of sovereignty over the islands of San Andrés, Providencia and Santa Catalina, the Court cannot have jurisdiction over this question either under the Pact of Bogotá or on the basis of the optional clause declarations.”<sup>12</sup>*

En este ámbito, la respuesta que dio la Corte en 2007, si bien no se refirió a la primacía del tratado sobre la declaración unilateral de Colombia que aceptaba la jurisdicción obligatoria del Tribunal (que podría haber servido de base de su jurisdicción), retirada justo en el momento en que se presentaría una demanda en su contra, destacó que la cuestión central -a su juicio- era la aplicación del Artículo VI del Pacto de Bogotá y si éste impedía el ejercicio de la jurisdicción basada en su Artículo XXXI, sobre la soberanía relativa a las islas. Para ello, el alcance y la composición del Archipiélago de San Andrés era decisivo.

La fase de discusión sobre la jurisdicción de la Corte hasta 2007, concentró por tanto, la atención sobre el alcance de las disposiciones del Tratado de 1928 asociadas al Protocolo de 1930 y la jurisdicción de la Corte, en cuanto ésta debía ser resuelta a la luz del Tratado Americano de Solución Pacífica (Pacto de Bogotá), de 1948. Su artículo VI prescribe que “*Tampoco podrán aplicarse dichos procedimientos a los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto*”.

Sería la primera vez que la Corte examinase el Artículo VI del Pacto de Bogotá, ya que debía interpretarlo para determinar el contenido y alcance de su propia jurisdicción. La Corte acogió la tesis de la existencia de soberanía respecto de tres islas colombianas, cerrando de ese modo la fase destinada a analizar las excepciones preliminares presentadas por Colombia.

---

<sup>12</sup> *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 46, para. 138.

#### 4. La prueba de la soberanía: el test de la primera etapa

La soberanía fue objeto de un primer análisis en la etapa relativa a la jurisdicción del tribunal. Los elementos en presencia se referían a cuál era el alcance del Tratado de 1928 en lo relativo a las tres islas mencionadas (San Andrés, Santa Catalina y Providencia) y su relación con el concepto de archipiélago de San Andrés; además, el alcance y la composición de las demás configuraciones presentes en el área y su relación jurídica y geográfica con el archipiélago, y finalmente, la delimitación marítima.

La Corte estimó derechamente que la disposición contenida en el artículo primero donde se indicaba que las islas de San Andrés, Santa Catalina y Providencia estaban bajo la soberanía y el dominio colombiano, implicaba un reconocimiento de la soberanía.

La relación entre el título a la soberanía, definido como la competencia jurídica que posee un Estado respecto de su territorio<sup>13</sup> y el Tratado de 1928 fue así, afirmada por la Corte. Según ésta, del artículo primero se desprendía claramente que la soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina pertenecía a Colombia. Por lo tanto, no era necesario ir más allá con la interpretación de ese artículo, el cual satisfacía lo establecido en el artículo VI del Pacto de Bogotá en cuanto a que se trataba de una cuestión solucionada (para. 88). Siendo aplicable el artículo VI del Pacto en la materia, la Corte no era competente en virtud del artículo XXXI del mismo Pacto para conocer sobre la soberanía respecto de las tres islas.

La Corte reafirmó su posición con una frase muy poderosa en cuanto al valor de un régimen territorial que había sido establecido por un tratado:

*“Aunque la Corte debiese juzgar que el tratado de 1928 ha terminado, como lo pretende Nicaragua, eso no cambiaría nada la soberanía de Colombia sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.” La Corte recuerda que es un principio de derecho internacional que un régimen territorial establecido por un tratado*

---

<sup>13</sup> J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8th ed., Oxford, 2012, p. 211.

“*adquiere una permanencia que el tratado mismo no conoce necesariamente*” y que la persistencia de ese régimen no depende de la supervivencia del tratado por el cual ese régimen fue convenido<sup>14</sup>.

El Tratado de 1928 fue sometido a un segundo test en lo relativo a cuáles eran las configuraciones insulares que forman parte del archipiélago de San Andrés para efectos de determinar la soberanía sobre aquéllas. Colombia sostuvo que el archipiélago de San Andrés comprendía la cadena de islas, cayos, islotes y bancos que se extienden desde Albuquerque al sur hasta Serranilla y Bajo Nuevo por el norte, incluidas las Islas Mangles (islas del Maíz) y sus espacios marítimos<sup>15</sup>.

El concepto geográfico (o geomorfológico) de archipiélago, ¿debía coincidir con el jurídico? O mejor dicho, el jurídico ¿debía ceñirse a una definición geográfica?

Nicaragua insistió en el punto de que el Tratado de 1928 no precisaba qué configuraciones formaban parte del Archipiélago, lo cual justificaba que se examinara como una cuestión de fondo.

Una situación diferente presentaban los cayos de Roncador, Quitasueño y Serrana, que a la época del Tratado de 1928, eran objeto de litigio entre Colombia y los Estados Unidos, según lo indicaba ese Tratado. Colombia sostuvo que mediante este texto, Nicaragua había dejado en claro que no reclamaba estas islas, lo que sólo hizo años después, en 1971. Ello ocurrió en el contexto de las negociaciones que Colombia sostuvo con los Estados Unidos y que condujeron en 1972 al Tratado Vásquez-Saccio por el cual el segundo país renunció a sus pretensiones sobre Roncador, Quitasueño y Serrana.

En el hecho, al determinar su propia jurisdicción, la Corte observó que el Tratado de 1928 era claro en lo relativo a las islas de San Andrés,

---

<sup>14</sup> Concepto enunciado en el *Différend territorial (Jamahiriya arabelibyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 37, para. 72-73.

<sup>15</sup> La lista comprendida por el Archipiélago, según Colombia, era vasta: North Cay, Little Cay, Narrow Cay, South Cay, East Cay y Southwest Cay), Serranilla (comprendiendo Beacon Cay, East Cay, Middle Cay, West Breaker y Northeast Breaker), de Bajo Nuevo (con Bajo Nuevo Cay, East Reef et West Reef), Albuquerque (comprendiendo North Cay, South Cay y Dry Rock) y el grupo de cayos del Este-Sudeste (con Cayo Bolívar o Middle Cay, West Cay, Sand Cay e East Cay), así como otros islotes, cayos, bancos y atolones.



Santa Catalina y Providencia, a las que se aplicaba el Artículo VI del Pacto de Bogotá. Pero no sucedía lo mismo respecto de Roncador, Quitasueño y Serrana, el estudio de cuya soberanía fue reenviado al fondo del proceso. En la decisión de 2007, la Corte no dijo que estas últimas formaciones formasen parte del Archipiélago de San Andrés.

Junto con esto, la Corte se pronunció acerca de la falta de una delimitación marítima, ya que según ella, los términos empleados en el Tratado y su Protocolo, en su sentido natural y ordinario, no podrían servir para respaldar la posición manifestada por Colombia. Más bien dijo, el meridiano 82°W servía de límite occidental para determinar hasta donde llegaba el archipiélago de San Andrés<sup>16</sup>.

La importancia del tratado fue nuevamente puesta de relieve cuando la Corte rechazó el argumento colombiano según el cual el Protocolo de 1930, al emplear los términos de “a la controversia entre las dos repúblicas” se refería también a la cuestión de la delimitación marítima como parte de la controversia. Para el Tribunal, el lenguaje del Tratado era claro al señalar que su objetivo era poner fin a la controversia sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia y la Costa Mosquito de Nicaragua (párr. 115), o sea era más bien terrestre. Como la Corte dijo, [el Tratado] “no se refería a la delimitación marítima, sino al territorio”, ni siquiera por inferencia.

La Corte afirmó en consecuencia que, a diferencia de lo que afirmaba Colombia, el Tribunal no consideraba significativo que en el preámbulo del Tratado, las Partes hubieran expresado su deseo de poner término a la “*territorial dispute [controversia territorial] pending between them*”, mientras que en el Protocolo aquéllas se refieren “*to the dispute [controversia] between both republics*”.

A juicio de la Corte, la diferencia en el lenguaje utilizado en el Tratado y en el Protocolo, no podía ser leída de forma que hubiese transforma-

---

<sup>16</sup> “*The Court considers that, contrary to Colombia’s claims, the terms of the Protocol, in their plain and ordinary meaning, cannot be interpreted as effecting a delimitation of the maritime boundary between Colombia and Nicaragua. That language is more consistent with the contention that the provision in the Protocol was intended to fix the western limit of the San Andrés Archipelago at the 82nd meridian*”. Preliminary Objections, Judgment 2007, p. 39, para. 115

do la naturaleza territorial del Tratado en otra de modo éste tuviese relación con la delimitación general de los espacios marítimos entre los dos Estados. (Párr. 117). Esta conclusión era clara según la Corte, dado el texto completo de la frase del Protocolo, en la cual las Partes afirman que concluían el Tratado de 1928 “*with a view to putting an end to the dispute between both republics concerning the San Andrés and Providencia Archipelago and the Nicaraguan Mosquito Coast*”. Este era el centro de la controversia, afirmó la Corte, y no la delimitación marítima.

## 5. El fondo. La segunda etapa del test de la soberanía

En la etapa sobre el fondo, la discusión relativa a la soberanía sobre las otras islas, fue por tanto uno de los objetos de la sentencia de la Corte de fecha 19 de noviembre de 2012. Habiendo quedado una parte del tema territorial para el fondo del caso, la sentencia de 19 de noviembre de 2012, adquiere importancia nuevamente para el estudio del territorio.

En esta etapa, la soberanía presentaba dos dimensiones: la cuestión del título por el cual un Estado afirma que posee un territorio (lo cual plantea la base u origen de la soberanía de ese Estado) y el efecto que una isla o configuración territorial puede tener en la determinación de un límite marítimo.

En 2007, la Corte se había preguntado sobre si el tema de la soberanía sobre Roncador, Quitasueño y Serrana había sido resuelto en el Tratado de 1928, según los términos del Artículo VI del Pacto de Bogotá. Escudriñando el texto del párrafo Segundo del Artículo I del Tratado de 1928, la Corte concluyó entonces que estaba claro que este Tratado no se aplicaba a las tres configuraciones marítimas en juego (Roncador, Quitasueño y Serrana). Por tanto, el Artículo VI del Pacto de Bogotá no se extendía a la cuestión de la soberanía sobre dichas islas.

Así lo dijo la Corte en 2007:

*“The Court considers that it is clear on the face of the text of the first paragraph of Article I of the 1928 Treaty that its terms do not provide the answer to the question as to which maritime features apart from the islands of San Andrés, Providencia and Santa Catali-*

*na form part of the San Andrés Archipelago over which Colombia has sovereignty. That being so, this matter has not been settled within the meaning of Article VI of the Pact of Bogotá and the Court has jurisdiction under Article XXXI of the Pact of Bogotá. Therefore, the Court cannot uphold the first preliminary objection raised by Colombia in so far as it concerns the Court's jurisdiction as regards the question of sovereignty over the maritime features forming part of the San Andrés Archipelago, save for the islands of San Andrés, Providencia and Santa Catalina.*"<sup>17</sup>

Como consecuencia, en 2007, la Corte junto con afirmar que carecía de jurisdicción según el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá respecto de la soberanía sobre determinadas islas, en lo que respectaba al tema de la soberanía sobre Roncador, Quitasueño y Serrana, sí podía pronunciarse.

El primer punto analizado por la Corte fue el de si esas formaciones ("features"), a saber, Cayos Albuquerque, Cayos East-Southeast, Roncador, Serrana, Quitasueño, Serranilla y Bajo Nuevo, era apropiables a título de soberanía. El parámetro había sido dado por el fallo de la misma Corte en el asunto *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*<sup>18</sup>, en 2001, donde se dijo que las islas, cualesquiera fuera su tamaño, eran capaces de apropiación. En contraste, las elevaciones de baja marea no podrían serlo, con la excepción de aquéllas situadas dentro del mar territorial de un Estado porque el ribereño tiene soberanía sobre el espacio en que están situadas<sup>19</sup>, y además pueden ser tomadas en cuenta para medir la anchura del mar territorial.

A la luz de este test, la Corte concluyó que las partes estaban de acuerdo en que los Cayos Albuquerque, Cayos East-Southeast, Roncador, Serrana, Serranilla y Bajo Nuevo eran islas; pero, persistía un desacuerdo respecto de si Quitasueño calificaba como tal. Nicaragua sostenía que era un "*shoal*" ("banco")<sup>20</sup> y que los antecedentes históricos demostra-

<sup>17</sup> Judgment 2007, p. 35, para. 97.

<sup>18</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 102, para. 206.

<sup>19</sup> IBID, p. 101, para. 204.

<sup>20</sup> Paul Reichler, "*A Case of Equitable Maritime Delimitation: Nicaragua and Colombia in the Western Caribbean Sea*", Revista Tribuna Internacional, Santiago, 2, N° 3, 2013, p.133

ban que así se lo había considerado, incluso por los Estados Unidos. Colombia, que presentó opiniones de expertos basadas en investigaciones específicas aplicadas a Quitasueño, sostuvo que éste tenía 34 formaciones individuales, las que podían ser calificadas como islas porque estaban sobre el nivel del mar en alta marea, y existían además, por lo menos 20 elevaciones de baja marea situada dentro de las 12 millas de una isla o varias de ellas<sup>21</sup>.

## **6. Los derechos (*entitlements*) generados por las formaciones marítimas**

Es ciertamente el área donde la Corte obra con mayor latitud al distinguir entre las diferentes formaciones y sus distintas proyecciones marítimas. El rango va desde el reconocimiento de mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental a San Andrés, Providencia y Santa Catalina, hasta un mar territorial de 12 millas al QS 32 (Quitasueño), sin aludir a otros espacios marítimos. A este respecto, queda la interrogante del derecho a declarar una posible zona contigua más allá de su mar territorial.

Sobre Quitasueño, la Corte evaluó si presentaba extensiones naturales de tierra que permanecieran descubiertas en alta marea. La Corte consideró que no eran de gran valor probatorio las cartas marinas sobre cuya base se apoyaba Nicaragua y que los levantamientos efectuados años atrás, e incluso decenios, tampoco lo eran. (Para. 35). Por tanto, en este caso, la Corte parece haber estimado más relevantes los elementos de prueba contemporáneos. Nuevamente, la afirmación de que una isla puede ser una configuración que permanezca descubierta en alta marea, cualquiera fuese su tamaño, resultó relevante<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Nicaragua criticó los estudios científicos presentados por Colombia, así como sostuvo que una de las formaciones de Quitasueño no era sino una pieza de coral.

<sup>22</sup> Otro caso en que la CIJ ha afirmado esta tesis fue el de la *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II), p. 751, para. 302.

En este ámbito, la Corte debía decidir si existían en Quitasueño unas extensiones naturales que permaneciesen descubiertas en alta marea. La Corte estimó que los levantamientos realizados hacía varios años, antes del proceso, eran de poca utilidad para su actual tarea. La Corte consideró además que las cartas marinas sobre las cuales se apoyaba Nicaragua tenían poco valor probatorio a ese respecto. Aquéllas estaban destinadas más a mostrar más bien los peligros que Quitasueño presentaba para la navegación y no a distinguir las formaciones en cuestión que estuviesen descubiertas en marea alta.

La Corte estimó, en consecuencia, que los elementos de prueba contemporáneos eran relevantes para resolver la cuestión que se le había pedido decidir. Para esta evaluación, Colombia presentó un informe conocido como el “Smith Report”<sup>23</sup> con un cuadro de observaciones de las condiciones reales de Quitasueño, cuyo peso científico fue estudiado por el Tribunal, si bien éste destacó que lo tomaba con cierta prudencia. Como medios de prueba, se exhibieron ante la Corte diferentes modelos (NASA, Grenoble), al mismo tiempo que el Tribunal tomó en cuenta el hecho de que las aguas de Quitasueño eran poco profundas y que era indiscutible que una sola configuración (QS 32) sobrepasaba la alta marea; el resto habrían sido configuraciones minúsculas, según palabras del Tribunal.

## **7. Los argumentos sobre los títulos independientes de la definición de qué islas configuran el Archipiélago de San Andrés**

La Corte analiza sucesivamente los argumentos de las partes fundados en el *uti possidetis juris* y las efectividades.

Respecto del *uti possidetis juris*<sup>24</sup> la Corte no avanza razonamientos en favor de las tesis de las partes y cierra el debate recordando una sección de su sentencia en la controversia entre El Salvador y Honduras

---

<sup>23</sup> Dr. Robert Smith, “Mapping the Islands of Quitasueño (Colombia) ? Their Baselines, Territorial Sea, and Contiguous Zone” of February 2010.

<sup>24</sup> M. G. Kohen, *Possession Contestée et Souveraineté Territoriale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, p. 445.

(Land, Island and Maritime Frontier Dispute<sup>25</sup>), en lo relativo a la soberanía sobre las islas en el Golfo de Fonseca:

“333. ... [It should be recalled that] *when the principle of the **uti possidetis juris** is involved, the **jus** referred to is not international law but the constitutional or administrative law of the pre-independence sovereign, in this case Spanish colonial law; and it is perfectly possible that that law itself gave no clear and definite answer to the appurtenance of marginal areas, or sparsely populated areas of minimal economic significance.*”

En efecto, desde el punto de vista del título, como lo plantearan Nicaragua y Colombia, el caso parecía apoyarse en torno a dos cuestiones principales. La Corte desarrolló su análisis en esta materia, examinando la conducta de los nuevos Estados respecto de las islas en el período inmediatamente después de la independencia. En el caso específico de Nicaragua c. Colombia (2012), la Corte encontró inadecuada la asistencia que podía proporcionar tal principio.

Nicaragua estimaba que debía primar el *uti possidetis juris*; Colombia a su vez, sostenía que las efectividades confirmaban su título original sobre las formaciones marítimas, o que en sí mismas era relevantes para sustentar un título de soberanía<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> *El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening*. Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 559, para. 333.

<sup>26</sup> “74. *With reference to the maritime features in dispute, Colombia notes that it has exercised public, peaceful and continuous sovereignty over the cays of Roncador, Quitasueño, Serrana, Serranilla, Bajo Nuevo, Alburquerque and East-Southeast for more than 180 years as integral parts of the San Andrés Archipelago. In particular, it maintains that it has enacted laws and regulations concerning fishing, economic activities, immigration, search and rescue operations, public works and environmental issues concerning the Archipelago; that it has enforced its criminal legislation over the entire Archipelago; that, from the mid-nineteenth century onwards, it has carried out surveillance and control activities over the entire Archipelago; that it has authorized third parties to prospect for oil in the maritime areas of the San Andrés Archipelago; and that it has carried out scientific research with a view to preserving and making responsible use of the natural wealth of the San Andrés Archipelago. Colombia notes that public works have been built and maintained by the Colombian Government on the Archipelago’s cays, including lighthouses, quarters and facilities for Navy detachments, facilities for the use of fishermen and installations for radio stations.*” I.C.J. Judgment 2012, pp. 30-31, para. 74.

En cuanto a las efectividades, la Corte invocaría la teoría de la fecha crítica, citando la jurisprudencia según la cual los actos que han ocurrido después de esa fecha no pueden ser tenidos en consideración, a menos que sean una continuación de actos previos y no hubiesen sido emprendidos para el propósito de mejorar la posición jurídica de la parte que los invoca<sup>27</sup>. La Corte determinó que la fecha crítica era el 12 de junio de 1969, cuando Nicaragua respondió la nota de protesta colombiana de 4 de junio de 1969 (a raíz de concesiones de hidrocarburos nicaragüenses en el área de Quitasueño).

Las efectividades que la Corte considera en su análisis (actividades realizadas *à titre de souverain*), fueron genéricamente identificadas como propias de la administración pública y acción legislativa, la regulación de actividades económicas, los trabajos públicos, las medidas de ejecución de leyes, las visitas navales y operaciones de búsqueda y rescate, la representación consular. Todas ellas habrían sido la continuación normal de actos previos a título soberano y que debían considerarse para efectos de su decisión. “*The Court concludes that the facts reviewed above provide very strong support for Colombia’s claim of sovereignty over the maritime features in dispute.*”<sup>28</sup>

El test de la conducta de Nicaragua que pudiere implicar reconocimiento de la soberanía colombiana o que entregase algún apoyo a la reclamación de Colombia, fue considerado también por la Corte. Los hechos referidos se derivaban especialmente de la reacción de Nicaragua ante la sentencia del Presidente Loubet de Francia en el arbitraje entre Costa Rica y Colombia, en 1900. En éste, se hizo referencia a la soberanía colombiana sobre las islas situadas más allá de la costa y situadas entre la costa Mosquito y el Istmo de Panamá<sup>29</sup>. Nicaragua hizo reserva de sus derechos, pero los refirió a otras islas, bancos e islotes que no eran aquéllos mencionadas por el fallo Loubet.

---

<sup>27</sup> *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia / Malaysia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 682, para. 135.

<sup>28</sup> *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 34, para. 84.

<sup>29</sup> United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XXVIII, p. 345.

En cuanto al reconocimiento de terceros Estados, la Corte consideró una serie de tratados celebrados por Colombia basándose en su soberanía sobre ciertas formaciones marítimas, entre ellos, con Estados Unidos y Panamá, y nuevamente estimó que ellos daban cierta “*measures of support*” (p. 37, para. 95) al argumento colombiano. Nicaragua sostuvo que esos acuerdos le eran inoponibles.

En cuanto al valor probatorio de los mapas, como es frecuente en asuntos territoriales y de delimitación, las partes invocaron la cartografía emanada de ellos mismos o de la otra parte, e incluso de terceros, para afirmar una suerte de reconocimiento de su posición. La Corte recordó su opinión de 1986, en la *Frontier Dispute (Burkina Fasso/ Republic of Mali)*<sup>30</sup>, donde dijo que por sí mismos, y sólo en virtud de su existencia, los mapas “*cannot constitute a territorial title, that is, a document endowed by international law with intrinsic legal force for the purpose of establishing territorial rights*”. Sí estimó la Corte que los mapas podían tener valor cuando eran parte integrante de un texto oficial, ya que eran una expresión física de la voluntad de las partes.

No obstante, la Corte les atribuyó –como lo dijese respecto del reconocimiento de terceros- que los mapas proporcionaban “*some measure of support*” al argumento de Colombia.

La conclusión de la Corte sobre las islas Alburquerque, Bajo Nuevo, Cayos del Este – Sudeste, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla, luego de considerar la totalidad de los argumentos y pruebas, fue que la soberanía relativa a ellas pertenecía a Colombia.

La relación entre la delimitación marítima y la naturaleza y extensión del territorio reconocido como colombiano, fue otra de las materias importantes de este caso y la sentencia se pronuncia sobre aquélla<sup>31</sup>. En el fondo, se trataba de responder cómo y qué se debía delimitar daba la presencia de las formaciones marítimas colombianas (no su costa continental) y la zona económica exclusiva y la plataforma continental nicara-

---

<sup>30</sup> Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 582, para.54.

<sup>31</sup> Sobre la variedad de la práctica, ver Derek Bowett, “Islands, Rocks, Reefs, and Low-Tide Elevations in Maritime Boundary Delimitation”, *International Maritime Boundaries*, ed. Jonathan I. Charney & Lewis M. Alexander, Martinus Nijhoff Publishers, pp.131-152.



güense. Sobre el tema, Colombia tenía una cierta experiencia dadas las negociaciones conducentes a sus tratados con Panamá<sup>32</sup> y Costa Rica<sup>33</sup> donde las islas colombianas obtuvieron pleno efecto.

Respecto de Nicaragua, las islas también formaron parte de la discusión sobre las costas relevantes, dado su efecto en determinar qué costas generan superposiciones entre los Estados y después, para examinar si se presentaba alguna desproporcionalidad entre las relaciones de extensión de las costas y las áreas marítimas que quedarían a ambos lados de la línea limítrofe. Estos elementos surgieron a raíz del método de tres etapas que la Corte ha introducido como parte del ejercicio técnico para dar soporte jurídico a sus decisiones sobre delimitación marítima.

A este respecto, el hecho a destacar era si las islas y formaciones colombianas tenían derecho a una delimitación general de sus espacios marítimos o si debían ser enclavadas y contar cada una, con una proyección de su propio mar territorial. Además, si correspondía considerar todo su contorno para efectos de determinar el área relevante y en definitiva aplicar la regla de la proporcionalidad sobre esa base, o tomar en cuenta sólo la cara oeste de aquéllas frente a la costa nicaragüense<sup>34</sup>.

En este caso, el estatus de Quitasueño resultó ser el más peculiar según el razonamiento de la Corte. El Tribunal encontró que sólo una de las formaciones de Quitasueño QS 32 estaba permanentemente sobre el agua en alta marea y que constituía por tanto en una isla según la definición del artículo 121, para.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En cuanto a la medición del mar territorial, la Corte consideró pertinente tomar en cuenta el principio establecido en el artículo 13 de la Convención, según el cual una elevación de baja marea puede ser considerada como un punto de base para medir el mar territo-

---

<sup>32</sup> Treaty on the delimitation of marine and submarine areas and related matters between the Republic of Panama and the Republic of Colombia (with maps), 20 November 1976. <http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/PAN-COL1976DM.PDF>

<sup>33</sup><http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/COL-CRI1977MC.PDF>

<sup>34</sup> El análisis llevó a la Corte a no considerar Bajo Nuevo y parcialmente el área de desarrollo conjunto (Serranilla) para efectos de las costas relevantes, dado que se encontraban más allá de las 200 millas de Nicaragua.

rial cuando se sitúe en todo o parte dentro de la distancia del mar territorial que corresponde a la costa o de una isla. Así, dos configuraciones de baja marea, dentro del perímetro de 12 millas marinas de QS 32, fueron consideradas como pertinentes para medir la extensión del mar territorial.

Finalmente, otra consecuencia del razonamiento de la Corte fue la determinación de la proporción o ratio entre las extensiones de las costas y las áreas relevantes para la delimitación. Allí, la Corte partió del supuesto de que debía tenerse en cuenta el área donde las costas generaban superposiciones o los “*overlapping entitlements*”<sup>35</sup> entre Nicaragua and Colombia. La posición de Nicaragua era la de generar enclaves en torno a cada isla, de 12 o 3 millas, según el tamaño y características de cada una.

La Corte no acogió esta proposición y más bien desarrolló la tesis de que el área relevante se extendía desde la costa nicaragüense hasta las 200 millas náuticas de las líneas de base desde las cuales se mide el mar territorial. La ratio –según la Corte- entre las costas relevantes era de 1:8.2, mientras que para las áreas relevantes era de 1:3.44. Al mismo tiempo, la Corte acogió la tesis colombiana de que las islas San Andrés, Providencia y Santa Catalina no debían sufrir un efecto de encierro hacia el oriente, proyectándose hasta las 200 medidas desde las líneas de base de Nicaragua<sup>36</sup>.

## 8. Conclusiones

El fallo de la Corte –al margen de la cuestión relativa a la delimitación marítima cuyos efectos no cesan de discutirse- es una interesante muestra de la relación entre títulos sobre el territorio basados en tratados, sucesión de Estados y efectividades, más elementos geográficos.

La Corte sigue su propia jurisprudencia sobre la capacidad de las islas para generar mar territorial en cualquier caso, profundiza en la situa-

---

<sup>35</sup> *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J.Reports 2009, p. 97, para. 99

<sup>36</sup> No obstante, la Corte no consideró las islas de Quitasueño, Serranilla y Bajo Nuevo para el fin de determinar la costa relevante de Colombia.

ción relativa entre la costa principal de un Estado e islas que lo enfrentan, pero que están distantes del Estado al cual pertenecen, y finalmente, introduce el valor relativo de los mapas, pero que en este caso tienden a reforzar la titularidad colombiana sobre las islas.

En otro aspecto que resalta de análisis de la Corte, es la profundización sobre la aplicabilidad del *uti possidetis juris*, para destacar finalmente que ha sido Colombia la que ha actuado a título de soberano sobre las islas (organización territorial, actividades de pesca, etc.), incluso después de la fecha crítica, otorgando un lugar importante a las efectividades.



# LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hugo LLANOS MANSILLA

## 1. La Carta de las Naciones Unidas

Con la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas, en 1945, se inicia la protección universal de los derechos de la persona humana, que busca obtener de los Estados la obligación jurídica de respetados<sup>1</sup>.

En el Preámbulo de la Carta se reafirma “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”.

En los Propósitos, la Carta establece en su artículo 1º: “3. Realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

Por su parte, el artículo 13, al referirse a la Asamblea General, dice: “1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes:

---

<sup>1</sup> La brutal violación de los derechos de la persona humana cometida durante la Segunda Guerra Mundial movió a los redactores de la Carta de las Naciones Unidas a tener presente que la protección de dichos derechos es esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

b) fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

El Capítulo IX de la Carta, que se refiere a la Cooperación Internacional Económica y Social, consigna en el artículo 55 lo siguiente: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y a la efectividad de tales derechos y libertades”.

Y el artículo 56 agrega: “Todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”.

El Capítulo X, que trata del Consejo Económico y Social, al referirse a las funciones de éste, dispone en el artículo 62 lo siguiente: “2. El Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

Por su parte, el artículo 68 señala: “El Consejo Económico y Social establecerá comisiones de orden económico y social, y para la promoción de los derechos humanos, así como las demás comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones”.

La última disposición de la Carta que se refiere a los derechos humanos es el artículo 76, que establece los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria. Entre éstos, determina: “e) promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.”

Pese a todas estas disposiciones legales citadas, la Carta de las Naciones Unidas no define los derechos humanos, ni establece tampoco los dispositivos legales tendientes a asegurar su protección.

*Obligatoriedad de las disposiciones de la Carta*

Muchos disputaron el carácter obligatorio de las disposiciones que sobre los derechos humanos contiene la Carta de las Naciones Unidas.

Para ello partían de la base de que los órganos principales de Naciones Unidas que tienen a su cargo la responsabilidad de llevar a la práctica dichos textos legales, esto es, el Consejo Económico y Social y la Asamblea General, sólo tienen la facultad de realizar estudios y formular meras recomendaciones, careciendo de todo poder para obligar a los Estados a su cumplimiento.

Por otra parte, agregaban, los Estados miembros no han aceptado una obligación definitiva de cumplir con los derechos humanos, desde el momento en que la Carta no establece los derechos que deben protegerse. Incluso, decían, cuando se estaba redactando la Carta se propuso incorporar a ella una “Declaración Internacional de Derechos”, que detallaría el significado de sus disposiciones sobre el particular, lo que se desestimó en definitiva, arguyéndose falta de tiempo para realizar, durante la Conferencia de San Francisco, un acucioso estudio sobre el particular.

Señala Charles De Visscher <sup>2</sup> al respecto “que la Carta no define en lugar alguno los derechos del hombre; al dejarlos indeterminados en su objeto y alcance, no podía pretender imponer a los Estados miembros la obligación de concederlos o garantizarlos a sus respectivos súbditos a través de su legislación interna”.

Akehurst <sup>3</sup> por su lado, si bien señala que la utilización por parte del artículo 56 de la expresión “se comprometen” (pledge en el texto inglés) indica la existencia de una obligación jurídica, esta obligación, dice, no se refiere, probablemente, a su observancia ahora, pues los derechos no se encuentran aún definidos y ni siquiera son enumerados, sino a laborar para su realización en el futuro. Afirma que la vaguedad del lenguaje utilizado va dirigida a conceder una amplia discreción a los Estados sobre el ritmo y medio de llevar a la práctica sus obligaciones.

---

<sup>2</sup> Teorías y realidades en Derecho Internacional Público, Barcelona, 1962, pág. 137.

<sup>3</sup> Introducción al Derecho Internacional Público, Madrid, 1972, pág. 123.

Oppenheim <sup>4</sup> asumiendo una actitud opuesta, dice lo siguiente: “Si bien la Carta no contiene un precepto prescribiendo la obligación jurídica de las naciones a observar los derechos humanos y las libertades fundamentales, los instrumentos constitucionales de carácter general no requieren ni permiten una interpretación literal [...] Cuando se trata de instrumentos constitutivos básicos, como la Carta, no cabe probablemente razonar en el sentido de que el propósito de fomentar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales constituye, desde luego, uno de los objetivos básicos de las Naciones Unidas, pero sus miembros, en cambio, no se encuentran en el deber de respetarlos u observarlos; o que el compromiso (u obligación) del artículo 56 pueda tener otro significado diferente, interpretándolo de buena fe.

El hecho de carecer de una definición de estos derechos y la falta de preceptos para su ejecución práctica, lejos de disminuir la naturaleza obligatoria de estos derechos, imponen a los miembros el deber moral, y tal vez aunque imperfectamente, de emplear sus mejores esfuerzos para actuar en apoyo de este propósito crucial de la Carta, bien por medio de acuerdos o bien, cuando sea posible, por la intervención consciente de las propias autoridades judiciales o mediante otros métodos análogos”.

Philip Jessup<sup>5</sup> agrega: “El respeto de la dignidad humana y los derechos humanos fundamentales es ya obligatorio jurídicamente, al menos para los miembros de las Naciones Unidas, por ser parte de un tratado, como la Carta, que impone dicho deber. La extensión de este deber, su transformación en reglas específicas, requiere ulteriores medidas de carácter legislativo”.

El artículo 55 de la Carta señala que las Naciones Unidas promoverán el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. Si los Estados violan estos derechos y libertades, o no efectúan labor alguna para su fortalecimiento, es evidente que su actitud estaría lejos de cumplir con esta imperativa obligación que indica el artículo 55.

El artículo 56, por su parte, es más categórico. Dice: “Todo” los miembros se comprometen para tomar medidas conjunta o separada-

---

<sup>4</sup> Tratado de Derecho Internacional Público, Barcelona, 1961, pág. 314.

<sup>5</sup> A modern Law of Nations, 1948, págs. 87-93, mencionada por Oppenheim, obra citada, pág. 316.



mente en cooperación con la Organización para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55, artículo este que ha señalado el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”.

Hay aquí, en consecuencia, un compromiso asumido por todos los Estados para tomar medidas positivas destinadas a promover el respeto universal a los derechos humanos, medidas que el Estado no sólo debe hacer en conjunto con los demás Estados, sino también, y esto es lo importante, separadamente. Vale decir, debe respetar efectivamente los derechos humanos en su propio territorio, cooperando así con las Naciones Unidas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.

El desconocimiento de estos derechos de cada Estado violaría el artículo 55, ya que no se estaría “promoviendo” el respeto universal que dicha disposición legal exige. Oppenheim<sup>6</sup> concluye diciendo: “...la observancia de los derechos humanos en tanto y cuanto es objeto de obligaciones jurídicas, ha dejado de ser un asunto de la competencia exclusiva o jurisdicción interna de los Estados, y se ha transformado en materia de legítimo interés de las Naciones Unidas y de sus miembros. Las estipulaciones pertinentes de la Carta constituyen, pues, obligaciones jurídicas de los miembros de las Naciones Unidas e incluso de la Organización misma, aunque sean imperfectas desde el punto de vista de su ejecutoriedad”.

Lo anterior se confirma en los siguientes casos mencionados por Kelsen<sup>7</sup>: “En *Re Drummond Wren* (Annual Digest, 1943-1945, Case N° 50) el Tribunal Superior de Ontario, Canadá (1945), sostuvo que era nula y sin efecto una estipulación restrictiva sobre ciertas tierras, que decía lo siguiente: «Las tierras no se venderán a judíos o a personas de nacionalidad objetable». En los considerandos de su fallo, la Corte se refirió *inter alia* a la Carta de las Naciones Unidas: «Es una norma bien reconocida la de que al determinar los principios relativos al orden público, los tribunales podrán, como medio auxiliar, examinar las diversas leyes y el derecho público del Dominio y de las provincias [ . . . ] En primer lugar y con un

---

<sup>6</sup> Principios de Derecho Internacional Público, Buenos Aires, 1965, págs. 315 y 316.

<sup>7</sup> Id, págs. 124-125

profundo significado se halla la reciente Carta de San Francisco, de la que Canadá fue signataria y que ahora el Parlamento del Dominio ha ratificado». A este respecto, la Corte transcribe el Preámbulo y los artículos 1º y 55.

En el *caso Sei Fujii vs. State of California*<sup>8</sup> el Tribunal de Apelaciones de Distrito estatal sostuvo con fecha 24 de abril de 1950: 1) La Carta de las Naciones Unidas<sup>9</sup> se ha convertido en ley suprema del país de acuerdo con la Constitución de los Estados Unidos, artículo 6º, cláusula 2; 2) *La Alien Property Initiative Act* de 1920<sup>10</sup> que limita el derecho de propiedad y el uso de la propiedad, para los extranjeros que no sean elegibles para adquirir la ciudadanía sólo a aquellos derechos que pudieran tener en virtud de tratados existentes a la fecha de su promulgación, entre este país y aquel del que dichos extranjeros sean súbditos o nacionales, está directamente en conflicto con los términos y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, es incompatible con el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948), y, por tanto, es nula”.

No debemos olvidar lo expuesto anteriormente, de que la brutal violación de los derechos de la persona humana durante la Segunda Guerra Mundial impulsó a los redactores de la Carta de las Naciones Unidas a considerar que la protección de dichos derechos era esencial para el mantenimiento de la paz internacional.

Como lo consigna De Visscher<sup>11</sup>, una violación flagrante y sistemática de los derechos fundamentales del hombre puede revestir tal gravedad que constituya una amenaza para la paz, adquiriendo competencia el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Oppenheim, por su parte, señala<sup>12</sup>: “La apertura de las hostilidades de la Segunda Guerra Mundial, provocada por un Estado que a su deseo agresivo de dominación del mundo unía la despiadada negación de los

---

<sup>8</sup> Advance California Appellate Reports, May 5, 1950, pág. 154

<sup>9</sup>59 Stats. 1035 y ss.; U.S. Code Cong. Service, 79th Cong. 1945, pág. 964

<sup>10</sup> Stats. 1921, pág. 1 xxxiii; Deering's Gen. Laws, Act 261

<sup>11</sup> Obra Citada, pág.138

<sup>12</sup> Obra citada, pág. 138

derechos humanos fundamentales, reforzó la convicción de que el reconocimiento y la protección de los derechos del hombre estaban en armonía no sólo con la correcta manera de concebir los fines del Derecho Internacional, sino que constituía también una exigencia esencial de la paz internacional. Esta convicción se expresó, reiteradamente, en diversas declaraciones sobre los fines de la guerra, tales como la denominada Carta del Atlántico, de 11 de agosto de 1941, y la Declaración de las Naciones Unidas, de 1º de enero de 1942, en las que se proclamó «que la victoria completa sobre los enemigos es esencial para la defensa de la vida, la libertad, la independencia y la libertad religiosa, y para preservar los derechos humanos y la justicia, tanto en sus respectivos países como en los demás Estados».”

Por ello es que también en la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece en su Preámbulo que “...la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

### *Labor de Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos.*

Pese a la escasez de disposiciones normativas, la ONU ha desarrollado una extensa y fructífera labor en materia de derechos humanos, comenzando con la creación, en 1946, de la Comisión de Derechos Humanos, y La Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948.

El siguiente listado de Convenios internacionales, es una muestra de ello:

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

La Convención sobre los Derechos del Niño

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes

La Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

*La Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948*

Dentro del sistema de las Naciones Unidas, es el Consejo Económico y Social el órgano principal de la Organización encargado de velar por los derechos humanos. En 1946 se constituyó la Comisión de Derechos Humanos<sup>13</sup> prevista en el artículo 68 de la Carta, para llevar a cabo estudios y preparar proyectos de tratados, en aplicación de los artículos 55 y 56 de la Carta.

La Comisión podía invitar a cualquier Estado a participar en sus deliberaciones en relación con cualquier problema de interés para ese Estado, y también invitar a cualquier Movimiento de Liberación reconocido por o de acuerdo con resoluciones de la Asamblea General para

---

<sup>13</sup> Hoy el Consejo de Derechos Humanos.

participar en sus deliberaciones sobre cualquier asunto de interés para ese Movimiento, a fin de recomendar medidas para promover los derechos humanos. Su mandato era amplio, lo que le permitía hacerse cargo de cualquier asunto relacionado con los derechos humanos. La Comisión podía redactar convenciones internacionales, decidir en lo que respecta a procedimientos de las Naciones Unidas para examinar temas referentes a derechos humanos y formular recomendaciones sobre determinados derechos. Muchas de -estas recomendaciones se transmiten al Consejo Económico y Social y a la Asamblea General para que adopten medidas.

Los cargos de graves violaciones de los derechos humanos en África Meridional, llevaron a la Comisión a establecer, en 1967, un Grupo Especial de Trabajo de expertos para que estudiara el mal trato de presos y detenidos en Sudáfrica. El Grupo comprobó dichos cargos, así como otros relacionados con violaciones de derechos sindicales en Sudáfrica. Llevó a cabo también un estudio especial del apartheid, abriendo el camino para la Convención contra el apartheid. Un Grupo Especial de Trabajo de expertos, establecido por la Comisión en 1969, realizó investigaciones referentes a violaciones de la Convención de Ginebra relativa a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, en los territorios ocupados por Israel como resultado de las hostilidades en el Medio Oriente.

En 1975, la Comisión estableció un Grupo Especial de Trabajo para estudiar la situación de los derechos humanos en Chile, grupo que, en 1978, pudo realizar una investigación local en el mismo país sujeto a investigación.

La Comisión examinó , además, la situación de los derechos humanos en otros Estados, solicitando que relatores especiales prepararan informes sobre la situación de ellos en Guinea Ecuatorial, Kampuchea Democrática (anteriormente Camboya), Nicaragua, etc.

El primer tema de trabajo de la Comisión, cuando fue creada, fue abocarse a la redacción de una Declaración de Derechos Humanos. Del resultado de sus estudios se originó la Declaración Universal de Derechos Humanos, presentada luego por el Consejo Económico y Social a consideración de la Asamblea General.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General, reunida en París, aprobó dicha Declaración por 48 votos a favor, 0 en contra y 8 abstencio-

nes, resultado del difícil equilibrio logrado entre dos concepciones tan diferentes del hombre: la liberal occidental y la socialista<sup>14</sup>.

No obstante la oposición de los Estados Unidos, el 15 de marzo de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó por 170 votos a favor y 4 en contra<sup>15</sup>, la creación del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. El Consejo funcionará todo el año, y no sólo seis semanas como lo hacía la suprimida Comisión de Derechos Humanos.

Con fecha 9 de mayo de 2006, se celebró la elección de los 47 miembros del Consejo de Derechos Humanos siendo elegidos, entre otros, Cuba, China, Pakistán y Arabia Saudita <sup>16</sup> por la mayoría absoluta de miembros de la Asamblea General de la ONU, esto es, 96 votos de los 191 miembros que integran las Naciones Unidas. Los Estados Unidos exigían una votación de dos tercios para ser elegidos, y no mayoría absoluta, a fin de evitar la elección de miembros que violan los derechos humanos. Entre los países latinoamericanos elegidos, figuran Argentina, Brasil, Ecuador, Guatemala, México, Perú y Uruguay<sup>17</sup>. Los países durarán en su cargo tres años, y podrán ser renovados por una sola vez. Podrán sí, ser retirados de su cargo si cometen violaciones a los derechos humanos, por una votación de dos tercios de la Asamblea General. La ex Comisión de Derechos Humanos ha proporcionado a la comunidad internacional un marco universal en relación con los derechos humanos que comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos, los dos Pactos Universales y otros tratados fundamentales en la materia. En su período de sesiones anual, la Comisión señalaba a la atención pública cuestiones y debates en relación con los derechos humanos, sirve de foro para la elaboración de las políticas de las Naciones Unidas en relación con los derechos

---

<sup>14</sup>La ex Unión Soviética, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia, Yugoslavia, Polonia, Arabia Saudita y la Unión Sudafricana votaron en contra. Muchos de los Estados que votaron favorablemente la Declaración, lo hicieron considerando que era sólo la expresión de un ideal y no la formulación de un derecho existente.

<sup>15</sup> Estados Unidos, Israel, las Islas Marshall y Palau

<sup>16</sup> Países que tienen un historial controvertido en materia de respeto a los derechos humanos Otros miembros elegidos fueron Alemania, Francia, el Reino Unido, Suiza, Holanda, Finlandia, Canadá, Japón, Rusia, Malasia, Corea del Sur, Jordania, Filipinas, etc.

<sup>17</sup> Chile no postuló.

humanos y establecías un sistema único de procedimientos especiales independientes y de expertos para observar y analizar el cumplimiento de los derechos humanos por temas y por países. La estrecha relación de la Comisión con centenares de organizaciones de la sociedad civil brindaba una oportunidad de colaboración con la sociedad civil que no existe en otras instancias.

Sin embargo, la capacidad de la Comisión para desempeñar sus funciones se vio menoscabada paulatinamente por la disminución de su credibilidad y su profesionalidad. En particular, hubo Estados miembros en la Comisión no para afianzar los derechos humanos sino para protegerse contra las críticas o para criticar a otros. Esas tendencias tuvieron como resultado la acumulación de un déficit de credibilidad que ensombreció la reputación del sistema de las Naciones Unidas en su conjunto y justificó su término para ser remplazada por el nuevo Consejo de Derechos Humanos.

Para que las Naciones Unidas cumplan las expectativas de los hombres y las mujeres de todo el mundo y, de hecho, para que la Organización asuma la causa de los derechos humanos con el mismo rigor que las causas de la seguridad y el desarrollo, los Estados Miembros deben acordar sustituir la Comisión de Derechos Humanos por un Consejo de Derechos Humanos permanente con una composición más reducida. Los Estados Miembros deberían decidir si quieren que el Consejo de Derechos Humanos sea un órgano principal de las Naciones Unidas o un organismo subsidiario de la Asamblea General, pero en ambos casos sus miembros serían elegidos directamente por la Asamblea General por el voto de una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes. La creación del Consejo situaría a los derechos humanos en una posición de mayor autoridad, acorde con la primacía que se atribuye a los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas. Los Estados Miembros deberán determinar la composición del Consejo y la duración del mandato de sus miembros. Las personas elegidas para ser miembros del Consejo deberán comprometerse a acatar las normas más rigurosas respecto de los derechos humanos.

Señala Diez de Velasco<sup>18</sup> “El contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos ha sido presentado de una manera plástica y ma-

---

<sup>18</sup> Instituciones de Derecho Internacional Público, Madrid, 2004, págs 351 y 352.

gistrado por uno de sus más eminentes redactores, el profesor René Cassin, hoy Premio Nobel de la Paz por su contribución a ésta a través de la internacionalización de los derechos humanos. En su discurso como delegado de Francia en la Asamblea General la víspera de la aprobación, el ilustre profesor resumía la Declaración diciendo que había sido comparada por algunos a un vasto templo, en cuyo atrio, formado por el Preámbulo, se afirma la unidad de la familia humana, y cuyos cimientos están formados o constituidos por los principios de libertad, de igualdad, de no discriminación y de fraternidad proclamados en los artículos 1º y 2º.

Cuatro columnas de importancia igual sostienen el pórtico, dice Bassin: la primera es la formada por los derechos y libertades de orden personal (artículos 3º a 11 incluidos), en los que se proclaman y definen los derechos a la vida, a la seguridad y dignidad de la persona, a igual protección ante la ley, a las garantías contra la esclavitud, la tortura, las detenciones y las penas arbitrarias y los recursos judiciales contra los abusos del poder político.

La segunda de las columnas está formada por los derechos del individuo en sus relaciones con los grupos de que forma parte y de las cosas del mundo exterior (artículos 12 a 17 incluidos).

El hombre y la mujer tienen reconocidos en un pie de igualdad el derecho a casarse, fundar una familia, tener un hogar, un domicilio, y el asilo en caso de persecución política. Todo ser humano por vocación tiene de a ser miembro de una ciudad.<sup>19</sup>

El tercer pilar es el formado por las facultades del espíritu, las libertades políticas y los derechos políticos fundamentales (artículos 18 a 22 incluidos): la libertad de conciencia, de pensamiento, de creencias; la libertad de palabra, de expresión; la de reunión, la de asociación; el derecho a tomar parte en la vida política, y de participar en las elecciones periódicas y secretas. La voluntad del pueblo es proclamada fundamento de la autoridad de los poderes públicos.

El cuarto pilar, simétrico al primero, tiene un carácter enteramente nuevo en el plano internacional, y su importancia no cede en nada a la de

---

<sup>19</sup> Acta de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, reunida en Teherán, en 1968. Doc A/CONF. 32/41, pág. 37, en *La ONU: Dilema a los 25 años*. Editores: María del Rosario Green y Bernardo Sepúlveda, México. 1970, pág. 155.



los otros. Es aquel de los derechos económicos, sociales y culturales (artículos 22 a 27 incluidos): el derecho al trabajo, a escoger libremente este trabajo, a la seguridad social, a las libertades sindicales, a la educación; el derecho al descanso, a la vida cultural, y el derecho a la protección de la creación artística.

Sobre estas cuatro columnas encontramos un frontispicio, en el cual se enmarcan los lazos entre el individuo y la sociedad. Los artículos 28 y 30 afirman la necesidad de un orden social internacional, en el cual los derechos y las libertades de la persona humana pueden y deben encontrar su plena efectividad. Se proclama así la existencia de unos deberes del individuo respecto a la comunidad, los cuales fijan los límites que el hombre no puede pasar; éstos son los deberes respecto a la comunidad: el deber de respetar los derechos y las libertades de los otros; no atentar contra las exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática, y no ir en contra de los principios y fines de las Naciones Unidas. Así, la Declaración Universal marca un tono continuado entre lo individual y lo social (UN.: Oficial Records. ..., pág. 865)”.

Son treinta artículos que, como lo expresó en 1968 el ex Secretario General de las Naciones Unidas, U Thant, habían ya inspirado, en dicho año, por lo menos cuarenta y tres constituciones, a lo que hay que agregar que en todos los continentes se pueden encontrar leyes que expresamente citan o reproducen disposiciones de la Declaración 19. Así, por ejemplo, la Declaración ha influido en las Constituciones de Guinea (1958), Madagascar (1959), Costa de Marfil, Mali y Níger (1960), Gabón y Mauritania (1961), Burundi (1962), Argelia, la República del Congo, Senegal y Toga (1963), Zaire (1967), Dahomey y Alto Volta (1970) y Camerún (1973). También se refiere a la Declaración Universal el Acta Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, realizada en Helsinki, en 1975.

A juicio de H. Waldock<sup>20</sup>, este reconocimiento constante y generalizado de los principios de la Declaración reviste el carácter de Derecho consuetudinario.

---

<sup>20</sup> I.C.L.Q. Suplemento Especial N9 11, 1965, pág. 15, en *La ONU: Dilema...*, pág. 154.

Esto último tiene innegable importancia si consideramos que la Declaración no revistió forma de tratado sino de una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, que normalmente no es vinculante para los Estados. Sus redactores no la concibieron como estableciendo obligaciones legales exigibles para los miembros de la comunidad internacional, ni como medio de interpretar las estipulaciones de la Carta.

Como lo indica Akehurst <sup>21</sup>, es posible, sí, que la Declaración Universal pudiera haberse convertido, posteriormente a su formulación, en obligatoria, como una nueva regla de derecho consuetudinario. Así, la Conferencia de las Naciones Unidas reunida en Teherán, en 1968, adoptó una solución que proclamó que la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] constituyó una obligación para los miembros de la comunidad internacional”.

Sin embargo, las decisiones judiciales, en lo referente al valor otorgado a la Declaración, han sido contradictorias.

Así, en el *caso de Auditeur Mentaire vs. Krumkamp*, un fallo pronunciado por el Tribunal Militar belga de Brabante se apoyó en el artículo 5º de la Declaración que prohíbe la tortura, al responder el alegato del acusado de que la tortura de los habitantes del territorio ocupado no era contraria a las leyes de la guerra <sup>22</sup>. Por el contrario, la sentencia del Tribunal Especial de Casación de los Países Bajos, en el caso *in re Beck*, señaló que la Declaración no era un instrumento obligatorio, al responder al alegato basado en la prohibición de la retroactividad de las penas, según se había formulado en la Declaración <sup>23</sup>.

El Consejo de Estado de Francia tomó conocimiento de un recurso mediante el cual se pretendía obtener la nulidad de una elección, invocándose por el recurrente la violación de la Declaración Universal realizada por una Ordenanza de fecha 21 de abril de 1954, que había declarado no elegibles a ciertas personas responsables de colaboración con el enemigo durante la guerra. La alta jurisdicción confirmó que la

---

<sup>21</sup> Obra citada, págs 125-126.

<sup>22</sup> Paxsicrisie Belge, 1950, III, pág. 55.

<sup>23</sup> Nederlandse Jurisprudentie, 1949, N° 437.23

Declaración estaba desprovista de carácter jurídico obligatorio, ya que no constituía un tratado internacional.<sup>24</sup>

### *Los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos*

Luego que las Naciones Unidas proclamaron la Declaración Universal de Derechos Humanos, se abocaron a una tarea mucho más compleja: la transformación de los principios establecidos en dicha Declaración, en disposiciones de un tratado que obligara jurídicamente a los Estados ratificantes.

Se decidió que se necesitaban dos Pactos: uno de Derechos Civiles y Políticos y otro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La opinión más extendida era de que debían aprobarse dichos Pactos separadamente, ya que los derechos civiles y políticos podrían asegurarse inmediatamente, en tanto que los económicos, sociales y culturales sólo podían lograrse progresivamente, de acuerdo con los recursos disponibles de cada Estado.

No fue fácil, por cierto, conciliar, en la formulación de los derechos a incluirse en los Pactos, las diferentes ideologías, culturas, religiones, etc., presentes en los Estados miembros de las Naciones Unidas.

La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>25</sup> emprendió en 1948, la formulación de los Pactos, terminando su redacción en 1954. La Asamblea General demoró doce años en discutirlo, habiéndolos aprobado el 10 de diciembre de 1966.

Pasarían luego otros diez años antes de que los Pactos aprobados fueran ratificados por un número suficiente de Estados, para que entraran en vigor. Cada Pacto requería un mínimo de treinta y cinco ratificaciones (o adhesiones).

---

<sup>24</sup> Nguyen Quo Dihn, Dailler Patrick y Pewllet Alain, *Droit International Public*. París, 1994, pág.547

<sup>25</sup> Hoy el Consejo de Derechos Humanos

Es así que sólo el 3 de enero de 1976 entró en vigor el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor el 3 de marzo de 1976, junto con su Protocolo Facultativo<sup>26</sup> que permite la presentación de reclamaciones individuales

En general, los Pactos reconocen los mismos derechos establecidos en la Declaración Universal<sup>27</sup>, aunque en ésta no figura el derecho de libre determinación de todos los pueblos y al disfrute y a la utilización plena y libre de sus riquezas y recursos naturales.

En efecto, ambos Pactos reconocen en su artículo 1º, “que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación.

En virtud de este derecho, establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del Derecho Internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

Otros dos derechos incluidos en los Pactos y que deben destacarse, son los siguientes: el derecho a la huelga (artículo 8º del Pacto de Derechos Económicos) y el derecho de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Político)

Por otra parte, se ha omitido en los Pactos toda referencia a la protección de la propiedad privada.

El artículo 20 del Pacto de Derechos Civiles establece una disposición novedosa. Dice: “Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. Toda apología .del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

---

<sup>26</sup> Este requería diez ratificaciones para entrar en vigor.

<sup>27</sup> Siguen también, en muchos de sus artículos, lo establecido en la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

El Pacto de Derechos Civiles preceptúa en su artículo 4: que en situaciones excepcionales, que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados partes podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud del Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones impuestas por el Derecho Internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Sin embargo en ningún caso se autoriza la suspensión de los siguientes derechos: el derecho a la vida (artículo 6); el derecho a no ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes ( artículo 7º); el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre (artículo 8º, párrafos 1 y 2); el derecho a no ser encarcelado por actos u omisiones por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (artículo 11); el derecho a no ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá penas mas grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito (artículo 15); el derecho que tiene todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 16) y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18).

Los Estados que han ratificado el Pacto de Derechos Civiles, elegirán un Comité de Derechos Humanos integrado por dieciocho miembros que actúan a título personal, y que deberán ser nacionales de los Estados partes. Serán personas de gran integridad moral y con reconocida competencia en materia de derechos humanos.

Su elección se hará en votación secreta, en una reunión de los Estados partes convocados por el Secretario General de las Naciones Unidas, en la sede de ésta.

Cada Estado puede proponer hasta dos personas como candidatos. Serán elegidos los que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados partes presentes y votantes.

El Comité no podrá comprender más de un nacional de un mismo Estado, y en su elección se tendrá en cuenta una distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos.

Los miembros del Comité se eligen por cuatro años y pueden ser reelegidos.

El Comité se reúne normalmente en la sede de las Naciones Unidas o en la Oficina de ésta, en Ginebra. Sus decisiones se toman por mayoría de votos de los miembros presentes.

Cada vez que el Comité lo pida, los Estados partes se comprometen a presentarle informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el programa que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos.

El Comité estudiará y transmitirá luego los informes y comentarios generales a los Estados partes. Podrá también transmitir sus comentarios al Consejo Económico y Social, junto con una copia de los informes que haya recibido.

La competencia del Comité es facultativa para conocer las comunicaciones que un Estado presente en contra de otro. En efecto, el artículo 41 señala que todo Estado parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple las obligaciones que le impone el Pacto.

El Comité no admitirá ninguna comunicación si el Estado que la formula no ha hecho dicha declaración.

Si un Estado Parte considera que otro Estado parte no cumple las disposiciones del Pacto, podrá señalar el asunto a la atención de dicho Estado, mediante comunicación escrita. Dentro del plazo de tres meses contado desde la fecha de recibo de la comunicación, el Estado destinatario proporcionará al que envió la comunicación una explicación o cualquier declaración que aclare el asunto. Si éste no se resuelve a satisfacción de ambos Estados en un plazo de seis meses contado desde la fecha en que el Estado destinatario recibió la primera comunicación, cualquiera de los dos Estados interesados podrá someter el asunto al Comité. Este lo conocerá luego de cerciorarse de que se han interpuesto y agotado todos los recursos de jurisdicción interna, salvo cuando éstos se hayan prolongado injustificadamente.

A reserva de lo expuesto, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales reconocidas en el Pacto. El Comité podrá soli-

citar a los Estados interesados cualquier información . Estos pueden presentar exposiciones verbalmente o por escrito.

El Comité dentro de los doce siguientes a la fecha de recibo de la comunicación presentará un informe en el cual: i) si se ha llegado a una solución, al haber interpuesto sus buenos oficios, se limitará a una exposición de los hechos y de la solución alcanzada; ii) si no se ha llegado a una solución se limitará a una breve exposición de los hechos, agregando las exposiciones efectuadas por las partes.

El informe será enviado a los Estados partes interesados.

Si el asunto sometido al Comité por un Estado contra otro no se resuelve a satisfacción de los Estados partes interesados, el Comité, previo consentimiento de aquéllos podrá designar una Comisión especial de Conciliación cuyos buenos oficios se pondrán a disposición de los interesados para llegar a una solución amistosa. La Comisión estará integrada por cinco personas aceptables para los Estados interesados. Si, transcurridos tres meses, éstos no se ponen de acuerdo sobre su composición, los miembros de la Comisión sobre los que no haya habido acuerdo serán elegidos por el Comité entre sus propios miembros, en votación secreta y por mayoría de dos tercios.

Cuando la Comisión haya examinado el asunto en todos sus aspectos, y en todo caso en un plazo no mayor de doce meses después de tomar conocimiento del mismo, presentará al presidente del Comité un informe para su transmisión a los Estados interesados.

Si se alcanza una solución amistosa, limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada.

Si no se logra dicha solución amistosa, el informe de la Comisión incluirá sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes al asunto planteado entre los Estados partes interesados, y sus observaciones acerca de las posibilidades de solución amistosa del asunto.

En este último caso, los Estados interesados notificarán al presidente del Comité, dentro de los tres meses siguientes a la recepción del informe, si aceptan o no los términos del informe de la Comisión.

Estas disposiciones no afectan las funciones del Comité anteriormente mencionadas.

Los Estados que ratifiquen el Pacto Internacional de Derechos Económicos. . . se comprometen a presentar informes sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos realizados con el fin de asegurar el respe-

to a los derechos reconocidos en el Pacto. Los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias de ellos al Consejo Económico y Social para su examen. También podrá transmitidos a los organismos especializados de la Organización.

Los Estados partes presentarán sus informes por etapas, con arreglo al programa que establecerá el Consejo Económico y Social. Igual información podrá solicitar el Consejo a los organismos especializados en el área de sus actividades. El Consejo podrá transmitir a la Comisión de Derechos Humanos, para su estudio y recomendación, o para su información, según proceda, dichos informes.

El Consejo Económico y Social podrá presentar de vez en cuando a la Asamblea General informes que contengan recomendaciones de carácter general, así como un resumen de la información recibida de los Estados partes y de los organismos especializados acerca de las medidas adoptadas y los progresos realizados para lograr el respeto general de los derechos reconocidos en el Pacto.

De acuerdo con lo señalado en *el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* todo Estado parte en el Pacto que llegue a ser parte en este Protocolo, reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que a leguen ser víctimas de una violación por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado parte en el Pacto que no sea parte del Protocolo (artículo 1º).

El individuo debe haber agotado todos los recursos internos para someter su caso ante el Comité, mediante comunicación escrita. Este considerará inadmisibles toda comunicación que sea anónima, que constituya un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones o sea incompatible con las disposiciones del Pacto.

El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que: el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional; el individuo ha agotado los recursos de la jurisdicción interna, salvo si éstos se han prolongado injustificadamente.

Establece el artículo 4º que el Comité pondrá toda comunicación que le sea sometida en virtud de este Protocolo en conocimiento del Estado parte del que se afirme que ha violado cualquiera de las disposiciones del Pacto.



En un plazo de seis meses, ese Estado deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en que se aclare el asunto o se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto.

El Comité presentará sus observaciones al Estado parte interesado y al individuo.

*Se ha aprobado también un Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte* <sup>28</sup>.

## **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, DESCs**

*El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*<sup>29</sup>

### *Introducción*

Los derechos humanos y las libertades fundamentales son *indivisibles e interdependientes*, por lo que se debe dedicar a ellos “la misma atención y consideración urgente en la aplicación, promoción y protección de ambos: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales”.<sup>30</sup> Estos derechos *forman parte integrante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Aprobado y proclamado por la Asamblea General en su Resolución 44/128 de 15 de diciembre de 1989.

<sup>29</sup> Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2200 A (XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia el 3 de enero de 1976. mediante Resolución 2200 A ( XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia el 3 de enero de 1976. El Pacto tiene 160 Estados partes Chile lo ratificó el 28 de abril de 1989.

<sup>30</sup> *Principio 3* de los *Principios de Limberg* sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados por expertos convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limberg (Maastricht, Holanda) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio,EEUU).Maastricht, 2-6 de junio de 1986.

<sup>31</sup> El Pacto es parte de la Carta Internacional de Derechos Humanos, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos El Pacto es supervisado por el *Comité de Derechos*

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce que no puede realizarse el ideal del ser humano libre y liberado del temor y la miseria a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona disfrutar de sus derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales,

Asimismo, en la Conferencia Mundial de Derechos, en la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados en 1993, se reafirmó que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí, y que la comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.

Conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 1998), “el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, debe interpretarse de buena fe, teniendo en cuenta el objetivo y propósito, el sentido ordinario, el trabajo preparatorio y la práctica pertinente”<sup>32</sup>.

Aunque la plena efectividad de estos derechos reconocidos en el Pacto según algunos, se logra progresivamente, “la aplicación de algunos de estos derechos puede hacerse justiciable de inmediato, mientras otros derechos pueden hacerse justiciables con el paso del tiempo”<sup>33</sup>.

---

*Económicos, Sociales y Culturales- CDESC-*, de las Naciones Unidas. es el órgano que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No está previsto en el Pacto, sino que fue creado por resolución, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas<sup>31</sup> para el desempeño de las funciones recogidas en la parte IV del Pacto. El CDESC está formado por 18 expertos independientes elegidos por un período de cuatro años. Se reúne en períodos de sesiones, normalmente dos al año, que tienen lugar en Ginebra. Estos períodos de sesiones comprenden una sesión plenaria de tres semanas precedida por un grupo de trabajo que se reúne durante una semana. *Los Estados están obligados a informar periódicamente al CDESC sobre la aplicación del Pacto.* Sobre la base de la información aportada, el Comité destaca los aspectos positivos y negativos y formula una serie de recomendaciones: sus respuestas a cada Estado toman la forma de observaciones finales. Por otro lado, el Comité emite observaciones generales, que contienen su interpretación sobre cuestiones relacionadas con el Pacto.

<sup>32</sup> Principio 4 de los Principios de Limberg...

<sup>33</sup> Idem. Principio 8

“Los Estados partes deben rendir cuentas ante la comunidad internacional y ante sus propios pueblos con respecto al cumplimiento de sus obligaciones bajo el Pacto”<sup>34</sup>

“El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al considerar los informes de los Estados partes, debería analizar las causas y los factores que obstaculizan la realización de los derechos consagrados en el Pacto y, hasta donde sea posible, señalar conclusiones.”<sup>35</sup>

“Debido a que la realización progresiva de los derechos estipulados en el Pacto es relevante para el desarrollo, se debería dar especial atención a la adopción de medidas para mejorar el nivel de vida de los pobres y otros grupos desfavorecidos, teniendo en cuenta la posible necesidad de adoptar medidas para proteger los derechos culturales de los pueblos indígenas y las minorías”<sup>36</sup>.

Es cierto que los Derechos Civiles y Políticos han merecido mayor consideración por la comunidad internacional. Es así que a menudo se ha considerado que los DESCs son derechos de segunda clase, inaplicables, no sometidos a los tribunales ya que sólo se pueden hacer efectivos “en forma progresiva”, durante un tiempo que no se determina con precisión.

Pero ello es un error, ya que en modo alguno los DESCs son menos relevantes que los derechos civiles y políticos, y hoy día son objeto de una consideración preferente.

Como lo afirma la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>37</sup>

- a) Todos los derechos humanos y libertades fundamentales *son indivisibles e interdependientes: deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales;*
- b) *La plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible: la consecución de un progreso duradero en la*

---

<sup>34</sup> Idem. Principio 10

<sup>35</sup> Idem. Principio 12

<sup>36</sup> Idem. Principio 14

<sup>37</sup> Resolución 32/130, de 17 de diciembre de 1977.

aplicación de los derechos humanos *depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social*, como se reconoce en la Proclamación de Teherán de 1968.

De acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales, son principios fundamentales de la legislación internacional de derechos humanos<sup>38</sup>.

Entonces, lo que debe plantearse, no es si los DESCs son derechos humanos básicos, sino a qué dan derechos y qué carácter jurídico tienen las obligaciones de los estados de hacerlos efectivos.<sup>39</sup>

En resumen los DESCs tienen por objeto asegurar la protección plena de las personas, partiendo de la base de que éstas pueden gozar de derechos, libertades y justicia social, simultáneamente<sup>40</sup>.

Como lo señalan las Directrices de Maastricht:<sup>41</sup>

Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina “una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]. Por ejemplo, incurre *prima facie* en una violación del Pacto un Estado parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza”. Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.

En muchos casos, la mayoría de los Estados pueden cumplir dichas obligaciones sin mayores dificultades y sin que esto tenga implicaciones

---

<sup>38</sup> Así lo reiteró la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de 1993

<sup>39</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto Informativo 16( Rev.1), diciembre de 2006, p.5

<sup>40</sup> Id.

<sup>41</sup> Maastricht, 22-26 de enero de 1997. Con motivo del décimo aniversario de los *Principios de Limberg*, se reunió en Maastricht un grupo de treinta expertos, que tuvo como objeto ampliar el entendimiento de dichos Principios y las respuestas y los recursos frente a las violaciones de los DESCs.

significativas en cuanto a los recursos. En otros casos, sin embargo, la plena realización de los derechos puede depender de la disponibilidad de los recursos financieros y materiales adecuados. No obstante, de conformidad con los Principios de Limberg 25-28, y tal como lo reafirma la jurisprudencia evolutiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales.*

Las discriminaciones contra la mujer con respecto a los derechos reconocidos en el Pacto se entienden a la luz de la norma de igualdad de la mujer establecida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Dicha norma exige la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer incluida la discriminación sexual que resulta de desventajas sociales y culturales y otras desventajas estructurales.

Para determinar cuales acciones u omisiones constituyen una violación a los derechos económicos, sociales y culturales, es importante distinguir entre la falta de capacidad y la falta de voluntad del Estado de cumplir sus obligaciones bajo los tratados internacionales. Un Estado que afirma que no puede cumplir con su obligación por motivos ajenos a su control, tiene la responsabilidad de comprobar que esto es el caso. Por ejemplo, el cierre temporal de una institución de enseñanza debido a un terremoto constituiría una circunstancia ajena al control del Estado, mientras que la eliminación de un régimen de seguridad social sin contar con un programa de sustitución adecuado, demostraría la falta de voluntad política, de parte del Estado, de cumplir con sus obligaciones.

Las acciones directas de los Estados o de otras entidades no reguladas adecuadamente por el Estado pueden resultar en violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

Maastricht menciona algunos ejemplos de dichas violaciones:

- a) La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento;
- b) La denegación activa de estos derechos a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación legislada o impuesta;

- c) El apoyo activo a cualquier medida adoptada por terceros que sea contraria a los derechos económicos, sociales y culturales;
- d) La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables;
- e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos;
- f) La obstaculización o interrupción intencional de la realización progresiva de un derecho previsto en el Pacto, salvo cuando el Estado actúa dentro de los parámetros de una limitación estipulada en el Pacto o debido a la falta de recursos disponibles o fuerza mayor;
- g) La reducción o desviación de un gasto público específico, cuando dicha reducción o desviación resulta en la imposibilidad del goce de estos derechos y no sea acompañada por la adopción de medidas adecuadas que aseguren a todos la subsistencia mínima.

Las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales también pueden resultar de la omisión o incumplimiento del Estado en relación a la adopción de las medidas necesarias derivadas de sus obligaciones legales. A continuación se mencionan algunos ejemplos de dichas violaciones:

- a) La no adopción de las medidas adecuadas estipuladas en el Pacto;
- b) La no modificación o revocación de cualquier legislación que sea claramente inconsistente con una obligación prevista en el Pacto;
- c) La no aplicación de legislaciones o ejecución de políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones en el Pacto;
- d) La no regulación de actividades de particulares o grupos para evitar que éstos violen los derechos económicos, sociales y culturales;
- e) La no utilización al máximo de los recursos disponibles para lograr la plena realización del Pacto;
- f) La falta de vigilancia de la efectividad de los derechos económicos sociales y culturales, incluyendo la elaboración y aplicación de criterios e indicadores para evaluar el acatamiento;

- g) La no eliminación inmediata de los obstáculos que debe eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho garantizado en el Pacto;
- h) La no aplicación inmediata de un derecho que debe tener efectividad inmediata conforme al Pacto;
- i) El no cumplimiento de la norma mínima internacional de realización cuando dicho cumplimiento queda dentro de sus posibilidades;
- j) Cuando el Estado, al celebrar convenios bilaterales o multilaterales con otro Estado y con organizaciones internacionales o empresas multinacionales, no tenga en cuenta sus obligaciones legales internacionales en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales.

### *Responsabilidad del Estado*

En principio se puede atribuir la responsabilidad de las violaciones mencionadas al Estado dentro de cuya jurisdicción se producen. Por lo tanto, para corregir estas violaciones, el Estado responsable deberá crear mecanismos de vigilancia, investigación, procesamiento y recursos para las víctimas.

Un elemento de la obligación de proteger es la responsabilidad del Estado de asegurar que entidades privadas o particulares, incluidas las empresas transnacionales sobre las cuales ejerce jurisdicción, no violen los derechos económicos, sociales y culturales de las personas. Los Estados son responsables de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales que resultan cuando no controlan con la debida diligencia la conducta de dichos actores no estatales.

Las obligaciones de los Estados de proteger los derechos económicos, sociales y culturales incluyen también su participación en organizaciones internacionales en las cuales actúan colectivamente.

### *Víctimas de violaciones*

Al igual que con los derechos civiles y políticos, tanto individuos como grupos pueden ser víctimas de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, algunos grupos sufren de forma desproporcionada, como por ejemplo personas de bajos ingresos, muje-

res, pueblos indígenas y tribales, poblaciones en situaciones de ocupación, personas que buscan asilo, refugiados y desplazados internos, minorías, personas mayores, niños, campesinos sin tierra, personas con discapacidad y los desamparados.

Ninguna víctima de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales debería ser objeto de sanciones penales debido exclusivamente a su condición de víctima, por ejemplo, de leyes que penalizan el hecho de ser desamparado. Asimismo, nadie debería ser sujeto a sanciones penales por el hecho de reclamar sus derechos económicos, sociales y culturales.

*Recursos y otras respuestas a las violaciones. Acceso a los recursos*

Toda persona o grupo víctima de una violación a los derechos económicos, sociales y culturales debería tener acceso a recursos legales eficaces o a otros recursos adecuados a nivel nacional e internacional.

*Resarcimiento adecuado*

Toda víctima de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales tiene el derecho al resarcimiento adecuado, en la forma de restitución, compensación, rehabilitación y satisfacción o garantías de no repetición.

Con el fin de establecer recursos legales y de otra índole eficaces para las víctimas de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, los abogados, jueces, adjudicadores, asociaciones de abogados y la comunidad legal en general deberían prestar mucha más atención a dichas violaciones en el ejercicio de sus profesiones, tal como lo recomienda la Comisión Internacional de Juristas en la Declaración de Bangalore y el Plan de Acción de 1995.

Parte II

El artículo 2 del Pacto, se refiere a las *obligaciones de las Partes*, y señala:

*Artículo 2*

1. Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia



y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

*La índole de las obligaciones de los Estados partes* (párr. 1 del art. 2 del Pacto): 14/12/90<sup>42</sup>.

El artículo 2 describe la índole de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados partes en el Pacto: obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado.

En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes. Una de ellas, consiste en que los Estados se “comprometen a garantizar” que los derechos pertinentes se ejercerán “sin discriminación...”.

La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de “adoptar medidas”, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

Los medios que deben emplearse para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas se definen en el párrafo 1 del artículo 2 como

---

<sup>42</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 14/12/90 CESCR, Observación General.

“todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”. En esferas como la salud, la protección de los niños y las madres y la educación y otras, las medidas legislativas pueden ser asimismo un elemento indispensable.

La adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados partes. Al contrario, se debe dar a la frase “por todos los medios apropiados” su significado pleno y natural. Si bien cada Estado parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, la “propiedad” de los medios elegidos no siempre resultará evidente. Por consiguiente, los Estados partes deberán señalar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más “apropiadas” a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde a dicho Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas.

Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité ha observado, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos. De hecho, los Estados partes que son asimismo Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están ya obligados (en virtud de los artículos 2 (párr. 1 y 3), 3 y 26 de este Pacto) a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades (inclusive el derecho a la igualdad y a la no discriminación) reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, “podrá interponer un recurso efectivo” (apartado a) del párrafo 3 del artículo 2).

Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a), 8, 10 (párr. 3), 13 (apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párr. 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables.

En los casos en que la adopción de políticas concretas encaminadas directamente a hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto ha tomado forma de disposiciones legislativas, el CDESC debería ser informado, entre otras cosas, de si tales leyes establecen algún derecho de actuación en nombre de las personas o grupos que consideren que sus derechos no se están respetando plenamente en la práctica. En los casos en que se ha dado el reconocimiento constitucional de derechos económicos, sociales y culturales concretos, o en los que las disposiciones del Pacto se han incorporado directamente a las leyes nacionales, el CDESC ha pedido información hasta qué punto tales derechos se consideran justiciables (es decir, que pueden ser invocados ante los tribunales).

Otras medidas que también cabe considerar “apropiadas” a los fines del párrafo 1 del artículo 2 incluyen, pero no agotan, las de carácter administrativo, financiero, educacional y social.

El CDESC ha reafirmado que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos, como se afirma entre otros lugares, en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata. El Comité también señala la pertinencia a este respecto de otros derechos humanos, en particular el derecho al desarrollo.

La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo.

En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto *no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte,

se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

El CDESC ha sido de opinión de que corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.

El CDESC ha puesto de relieve que, *aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes*. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económi-

cos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción.

El CDESC ha subrayado también el hecho de que, aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo

El CDESC ha puesto de relieve que de acuerdo con los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, con principios bien establecidos del Derecho Internacional y con las disposiciones del propio Pacto, la cooperación internacional para el desarrollo y, por tanto, para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de todos los Estados. Corresponde particularmente a los Estados que están en condiciones de ayudar a los demás a este respecto. El Comité ha advertido, en particular, la importancia de la Declaración sobre el derecho al desarrollo aprobada por la Asamblea General en su Resolución 41/128 de 4 de diciembre de 1986 y la necesidad de que los Estados partes tengan plenamente en cuenta la totalidad de los principios reconocidos en ella. Insiste en que si los Estados que están en situación de hacerlo no ponen en marcha un programa dinámico de asistencia y cooperación internacionales, la realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales seguirá siendo una aspiración insatisfecha en muchos países.

### **El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** <sup>43</sup>

Es un acuerdo, que permite a las partes reconocer la competencia del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales- CDESC-,

---

<sup>43</sup> En su Resolución 1/3, el Consejo de Derechos Humanos encomendó al Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Grupo de Trabajo) el mandato de “elaborar un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y pidió a la Presidenta que preparara

para examinar las denuncias de particulares y de los Estados. Otorga al CDESC la facultad de estudiar comunicaciones de particulares.

Las principales disposiciones de este Protocolo, son las siguientes:

#### *Comunicaciones de particulares*

Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto.

#### *Admisibilidad*

El Comité no examinará una comunicación sin antes haberse cerciorado de que se han agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente.

El Comité declarará inadmisibile toda comunicación que:

- a) No se haya presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo;
- b) Se refiera a hechos sucedidos antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos hayan continuado después de esa fecha;
- c) Se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o haya sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional;
- d) Sea incompatible con las disposiciones del Pacto;
- e) Sea manifiestamente infundada, no esté suficientemente fundamentada o se base exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación;
- f) Constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación, o
- g) Sea anónima o no se haya presentado por escrito.

---

“un primer proyecto de protocolo facultativo ... que sirva de base para las próximas negociaciones” (julio de 2007). El Protocolo fue aprobado el 10 de diciembre de 2008.

### *Medidas provisionales*

Tras haber recibido una comunicación y antes de pronunciarse sobre su fondo, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales que sean necesarias en circunstancias excepcionales a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.

### *Transmisión de la comunicación*

1. A menos que el Comité considere que una comunicación es inadmisibles sin remisión al Estado Parte interesado, el Comité pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, toda comunicación que reciba con arreglo al presente Protocolo.

2. En un plazo de seis meses, el Estado Parte receptor presentará al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en que se aclare la cuestión y se indiquen, en su caso, las medidas correctivas que haya adoptado el Estado Parte.

### *Solución amigable*

1. El Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de las partes interesadas con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en el Pacto.

2. Todo acuerdo sobre una solución amigable pondrá fin al examen de una comunicación en virtud del presente Protocolo.

### *Observaciones del Comité*

1. Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar a las partes interesadas su dictamen sobre la comunicación, junto con sus recomendaciones, si las hubiere.

2. El Estado Parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité.

3. El Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte haya adoptado en respuesta a su dictamen o sus recomendaciones, si las hubiere, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente ulteriormente el Estado Parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto.

#### *Comunicaciones entre Estados*

1. Todo Estado Parte en el presente Protocolo podrá declarar en cualquier momento, en virtud del presente artículo, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones dimanantes del Pacto. Las comunicaciones presentadas conforme a este artículo sólo se recibirán y examinarán si las presenta un Estado Parte que haya reconocido con respecto a sí mismo la competencia del Comité en una declaración al efecto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que se refiera a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. Las comunicaciones que se reciban conforme a este artículo quedarán sujetas al siguiente procedimiento:

- a) Si un Estado Parte en el presente Protocolo considera que otro Estado Parte no está cumpliendo con sus obligaciones en virtud del Pacto, podrá, mediante comunicación por escrito, señalar el asunto a la atención de ese Estado Parte. El Estado Parte podrá también informar al Comité del asunto. En un plazo de tres meses contado desde la recepción de la comunicación, el Estado receptor ofrecerá al Estado que haya enviado la comunicación una explicación u otra declaración por escrito en la que aclare el asunto y, en la medida de lo posible y pertinente, haga referencia a los procedimientos y recursos internos hechos valer, pendientes o disponibles sobre la materia;
- b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de ambos Estados Partes interesados dentro de seis meses de recibida la comunicación inicial por el Estado receptor, cualquiera de ellos podrá remitir el asunto al Comité mediante notificación cursada al Comité y al otro Estado;
- c) El Comité examinará el asunto que se le haya remitido sólo después de haberse cerciorado de que se han hecho valer y se han agotado todos los recursos internos sobre la materia. No se apli-



- cará esta norma cuando la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente;
- d) Con sujeción a lo dispuesto en el apartado c) del presente párrafo, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en el Pacto;
  - e) El Comité celebrará sesiones privadas cuando examine las comunicaciones a que se refiere el presente artículo;
  - f) En todo asunto que se le remita de conformidad con el apartado b) del presente párrafo, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados que se mencionan en el apartado b) que faciliten cualquier otra información pertinente;
  - g) Los Estados Partes interesados que se mencionan en el apartado b) del presente párrafo tendrán derecho a estar representados cuando el asunto sea examinado por el Comité y a hacer declaraciones oralmente y/o por escrito;
  - h) El Comité presentará, a la mayor brevedad posible a partir de la fecha de recepción de la notificación a que se refiere el apartado b) del presente párrafo, un informe, como se indica a continuación:
    - i) Si se llega al tipo de solución previsto en el apartado d) del presente párrafo, el Comité limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución a que se haya llegado;
    - ii) Si no se llega al tipo de solución previsto en el apartado d), el Comité expondrá en su informe los hechos pertinentes al asunto entre los Estados Partes interesados. Se adjuntarán al informe las declaraciones por escrito y una relación de las declaraciones orales hechas por los Estados Partes interesados. El Comité podrá también transmitir únicamente a los Estados Partes interesados cualesquiera observaciones que considere pertinentes al asunto entre ambos.

En todos los casos, el informe se transmitirá a los Estados Partes interesados.

2. Los Estados Partes depositarán la declaración prevista en el párrafo 1 del presente artículo en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copias de la misma a los demás Estados

Partes. La declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación al Secretario General. Dicho retiro se hará sin perjuicio del examen de asunto alguno que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud del presente artículo; después de que el Secretario General haya recibido la notificación de retiro de la declaración, no se recibirán nuevas comunicaciones de ningún Estado Parte en virtud del presente artículo, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.

*Procedimiento de investigación*

1. Cualquier Estado Parte en el presente Protocolo podrá en cualquier momento declarar que reconoce la competencia del Comité prevista en el presente artículo.
2. Si el Comité recibe información fidedigna que da cuenta de violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de cualesquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sus observaciones sobre dicha información.
3. El Comité, tomando en consideración las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como cualquier otra información fidedigna puesta a su disposición, podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente un informe al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio.
4. La investigación será de carácter confidencial y se solicitará la colaboración del Estado Parte en todas las etapas del procedimiento.
5. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas.
6. En un plazo de seis meses después de recibir los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, el Estado Parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité.

7. Cuando hayan concluido las actuaciones relacionadas con una investigación hecha conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité podrá, tras celebrar consultas con el Estado Parte interesado, tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados del procedimiento en su informe anual previsto en el artículo 15 del presente Protocolo.
8. Todo Estado Parte que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá retirar dicha declaración en cualquier momento mediante notificación al Secretario General.

#### *Seguimiento del procedimiento de investigación*

1. El Comité podrá invitar al Estado Parte interesado a que incluya en el informe que ha de presentar con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto pormenores de las medidas que haya adoptado en respuesta a una investigación efectuada en virtud del artículo 11 del presente Protocolo.

2. Transcurrido el período de seis meses indicado en el párrafo 6 del artículo 11, el Comité podrá, si es necesario, invitar al Estado Parte interesado a que le informe sobre las medidas que haya adoptado como resultado de la investigación.

#### *Medidas de protección*

Cada Estado Parte adoptará todas las medidas necesarias para que las personas bajo su jurisdicción no sean sometidas a malos tratos o intimidación de ningún tipo como consecuencia de cualquier comunicación con el Comité de conformidad con el presente Protocolo.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después del depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión, el Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión.

Con respecto a las peticiones individuales, el 10 de diciembre de 2008, la Asamblea General aprobó por unanimidad *el Protocolo Facultativo (AG, resolución A/RES/63/117) del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales*, que establece la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones. La Asamblea General tomó nota de la aprobación por el Consejo de Derechos

Humanos, en su la resolución 8/2, el 18 de junio de 2008, del Protocolo Facultativo. El Protocolo Facultativo se abrió a la firma en una ceremonia de firma en 2009. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales podrá considerar comunicaciones individuales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de su tratado una vez que el Protocolo entre en vigor.

El Comité no puede examinar las denuncias de los particulares, aunque se está estudiando un proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto que facultaría al Comité para ello. La Comisión de Derechos Humanos ha establecido un grupo de trabajo al respecto. Sin embargo, es posible que otro comité con competencia para examinar comunicaciones de los particulares considere cuestiones relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de su tratado. <http://www.un.org/av/photo/subjects/images/157607.jpg>

El Comité se reúne en Ginebra y normalmente celebra dos períodos de sesiones al año, que constan de una sesión plenaria de tres semanas y un grupo de trabajo anterior al período de sesiones que se reúne durante una semana.

El Comité también publica su interpretación de las disposiciones del Pacto, en forma de observaciones generales.

#### *El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>44</sup>*

El 3 de abril del 2006, se creó el Consejo de Derechos Humanos, que reemplazó a la Comisión de Derechos Humanos, que estaba conformada por 53 Estados elegidos por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, a partir de listas presentadas por los grupos regionales. Como consecuencia de la excesiva politización de la Comisión, lo que desacreditó sus funciones, y debido al hecho de estar integrada por países con un controvertido historial en materia de derechos humanos, adquirió gran fuerza la necesidad de su rápido remplazo, lo que culminó con la creación del nuevo Consejo de Derechos Humanos, que está integrado por 47 miem-

---

<sup>44</sup> Aprobado por 170 votos a favor, 4 en contra- los Estados Unidos, Israel, Palau e Islas Marshall- y 3 abstenciones, Venezuela, Irán y Bielorusia.

bros elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por simple mayoría en votación secreta<sup>45</sup>.

Se ha cuestionado este número tan grande de Miembros. Los Estados Unidos manifestaron preferencia por un número de 20 miembros, o de 30 como máximo.

Hubo oposición de que en el Consejo estuvieran los 5 Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad.

Se ha integrado el Consejo de modo tal que haya una distribución entre los diferentes Grupos Regionales: así, el grupo africano tendrá 13 miembros, el asiático, 13; Europa del Este, 6; América Latina y El Caribe, 8; y Europa Occidental y otras democracias occidentales, 7.

El nuevo Consejo de Derechos Humanos incluye el criterio de que la membresía “tomará en cuenta la contribución de los candidatos a la promoción y protección de los derechos humanos”.

Un borrador anterior prohibía la membresía de cualquier Estado encontrado culpable, por los órganos de las Naciones Unidas, por abusos o violaciones de derechos humanos.

Con la situación actual, cualquier Estado puede ser candidato, aún cuando hubiera Estados sometidos a sanciones por las Naciones Unidas

La resolución 60/251 de la Asamblea General, de fecha 3 de abril de 2006, que creó el Consejo de Derechos Humanos, dispone sus funciones y atribuciones y señala que:

El Consejo será responsable de promover el respeto universal por la protección de todos los derechos humanos;

Deberá ocuparse de las situaciones en que se violen los derechos humanos, incluidas las violaciones graves y sistemáticas, y hacer recomendaciones al respecto;

La labor del Consejo estará guiada por los principios de universalidad, imparcialidad, objetividad y no selectividad, diálogo internacional constructivo y cooperación a fin de impulsar la promoción y protección de los derechos humanos;

---

<sup>45</sup> Los 53 miembros de la Comisión, eran elegidos por bloques regionales.

Realizará un examen periódico universal, basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados; el examen será un mecanismo cooperativo, basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate y teniendo en consideración sus necesidades de fomento de la capacidad; cooperará estrechamente en la esfera de los derechos humanos con los gobiernos; formulará recomendaciones y presentará un informe anual a la Asamblea General”.

El Consejo celebrará como mínimo tres períodos de sesiones al año, incluido un período de sesiones principal, períodos que tendrá una duración total no inferior a diez semanas y podrá celebrar períodos extraordinarios de sesiones cuando sea necesario, a solicitud de un miembro de Consejo, con el apoyo de un tercio de éste. Ello que representa un avance respecto de su antecesora, que sesionaba una vez año, por un período de seis semanas.

Una de las innovaciones de este nuevo Consejo es su facultad para revisar, sistemática y regularmente, la situación de los derechos humanos en cada uno de los países miembros de las Naciones Unidas, con lo que evitará la crítica de selectividad en elección de países, que se le hacía a la Comisión.

Su primera sesión la celebró el día 19 de junio del 2006, y fue elegido el embajador de México, como su primer presidente. Su composición no ha estado exenta de polémica, toda vez que han sido elegidos para integrarlo, países como Arabia Saudita, Azerbaiyán, Bangladesh, China, Cuba, Nigeria, Pakistán y la Federación Rusa <sup>46</sup>, cuyos antecedentes en materia de derechos humanos han sido siempre discutidos.

---

<sup>46</sup> Los Estados Unidos se automarginaron, ya que no participaron en el consenso que dio origen al Consejo, por estimar que era necesario una entidad con mayores poderes que aquel que aprobó la comunidad internacional. Además, preferían que la Asamblea General eligiera a sus miembros por una mayoría de los dos tercios de los miembros presentes y votantes. No estuvo de acuerdo en que se excluyera una cláusula mediante la cual no podrían elegirse como miembros del Consejo aquellos Estados que el Consejo de Seguridad hubiera sancionado por abusos en materia de derechos humanos.

Esto reafirma las aprensiones del Secretario General de las Naciones, del gobierno de los Estados Unidos y de otros Estados quienes abogaron, durante las negociaciones, de excluir del Consejo aquellos Estados que tuvieran antecedentes negativos en materia de respeto a los derechos humanos, como sería el caso de Zimbawe, Sudán, la Republica del Congo, Cuba, Etiopía, Arabia Saudita y Libia, esta última incluso presidió la antigua Comisión de Derechos Humanos, en 2003. Por América Latina fueron elegidos: Argentina, Brasil, Cuba, Ecuador, Guatemala, México, Perú y Uruguay.

Una de las primeras actividades del nuevo Consejo fue aprobar la *Declaración de los pueblos Indígenas*, y la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, el 29 de junio del 2006. Con esta decisión culminó un trabajo de las Naciones Unidas, que se extendió más de veinte años.

#### *El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*

El Alto Comisionado es el principal funcionario de las Naciones Unidas responsable de los derechos humanos y rinde cuentas al Secretario General. El cargo se creó en 1993. Su función es dirigir el movimiento internacional de derechos humanos desempeñando la función de autoridad moral y portavoz de las víctimas. Asimismo, el Alto Comisionado estimula el diálogo y fomenta la cooperación con los gobiernos para reforzar la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional. Trabaja con una amplia gama de actores, incluidas las organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y el sector privado, para conseguir el mayor compromiso posible en relación con los derechos humanos. De igual manera, promoverá la educación en materia de derechos humanos y estimulará la prevención, así como la asunción de nuevos retos en temas tales como el tráfico de personas, el VIH/SIDA, la biotecnología y los efectos de la mundialización.

El Alto Comisionado reunirá las diferentes instituciones y organizaciones que trabajan por los derechos humanos en todo el mundo y las alentará a trabajar con el sistema de las Naciones Unidas en pro del progreso de los derechos humanos. Fomenta las relaciones entre instituciones y organizaciones nacionales, regionales e internacionales para asegurar la implementación práctica de las conclusiones y recomendaciones

de los órganos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos.

## La Responsabilidad Internacional del Estado

Son imputables al Estado las acciones y omisiones de cualquiera de sus órganos<sup>47</sup>. El acto, por otra parte, debe ser calificado de ilícito por el Derecho Internacional y no por el Derecho interno<sup>48</sup>.

Como dijo la Corte Permanente de Justicia Internacional: “Es un principio de Derecho Internacional que la violación de un compromiso lleva consigo la obligación de reparar la falta así cometida. La reparación es, pues, complemento indispensable para la debida aplicación de un Convenio, sin que sea preciso que así se haya estipulado en el mismo”<sup>49</sup>.

Todo Estado que comete un acto que el Derecho Internacional califica de ilícito, y que produce perjuicio, debe repararlo.

Señala *el proyecto de la CDI sobre Responsabilidad Internacional de los Estados*, en su artículo 1: “Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste”.

Son elementos de la responsabilidad internacional los siguientes: 1) Una acción u omisión ilícita; 2) que esta acción u omisión ilícita sea imputable al Estado, y 3) que cause daño.

---

<sup>47</sup> El Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de Lausana (1927), enunció el siguiente principio: “El Estado es responsable de los daños que causa a los extranjeros por toda acción u omisión contrarias a sus obligaciones internacionales, cuallquiera que sea el órgano del Estado del cual proceda el acto: constituyente, legislativo, gubernativo o judicial”. Algo más precisa era la fórmula provisional adoptada por la 3ª Comisión de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, reunida en La Haya, en 1930: “Toda infracción de las obligaciones internacionales de un Estado, por parte de sus órganos (legislativo, ejecutivo y judicial) que causa perjuicio a la persona o a los bienes de un extranjero en el territorio de dicho Estado, determina la responsabilidad de éste “Ch.Rousseau, obra citada, pág. 357.

<sup>48</sup> Así, una ley puede ser contraria a un tratado: es lícita ante el derecho interno, pero ilícita ante el Derecho Internacional.

<sup>49</sup> *Caso Fábrica Chorzov* - Serie A, N°9, 1927, pág. 21



El fundamento de la responsabilidad internacional es la violación, por parte del Estado, de una obligación internacional, como consecuencia de la cual se debe una reparación al Estado perjudicado por el acto ilícito.

Indica el artículo 17 del Proyecto de la CDI que “1.Un hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacional ilícito sea cual fuere el origen, consuetudinario, convencional u otro, de esa obligación. 2 El origen de la obligación internacional violada por un Estado no afectará a la responsabilidad internacional a que de lugar el hecho internacional ilícito de ese Estado”.

La responsabilidad del Estado no requiere la ‘existencia de un acto de malicia, negligencia o descuido por parte de cualquier agente individual; puede consistir en un defecto general o en una falla en la estructura del Estado, o en su administración pública, y estar absolutamente separado de toda intención subjetiva. Puede aun radicar -como lo decidió el arbitraje en el caso Alabama- en la “insuficiencia” de los poderes legales del, gobierno (Lapradelle et Politis, op. cit., pág. 891), En estos casos, sería inútil buscar la culpa del órgano legislativo o constitucional del Estado.

b) Responsabilidad por actos del Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo es responsable por todo acto que contravenga al Derecho Internacional, sea cual fuere el funcionario del Estado que lo comete: Jefe de Estado, Ministros o funcionarios públicos de cualquier nivel.

A pesar de haberse pretendido efectuar una distinción respecto a la jerarquía administrativa del funcionario, tratándose de eximir de toda responsabilidad al Estado por aquellos actos cometidos por funcionarios subalternos <sup>50</sup> esta calificación no ha sido respaldada por la práctica.

Si bien algunos laudos parecieron recoger, en el siglo XIX, una distinción respecto a la jerarquía administrativa del funcionario responsable, se ha determinado. que en tales casos se rechazó la responsabilidad del Estado por no haberse agotado los recursos locales, y no en razón al lugar que ocupaba el funcionario en la Administración del Estado. Esta causal en que se incurrió -omisión del agotamiento de los recursos locales- tuvo una importancia decisiva, ya que, siendo el funcionario subalterno, existió

---

<sup>50</sup> El Estado sólo era responsable si no se desautorizaba tal acto, o no se castigaba al funcionario responsable o se dejaba de investigar el caso .

un sinnúmero de recursos ante sus superiores jerárquicos que pudieron ser utilizados para dejar sin efecto el acto ilícito, lo que no se hizo, antes de intentar una acción internacional en contra de su Estado. La distinción anotada fue también rechazada en la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930.<sup>51</sup> Así, los proyectos de los artículos 79 y 89 no establecen diferencias entre la categoría de los funcionarios responsables. El artículo 79 hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional “como resultado de un acto u omisión por parte del Poder Ejecutivo, incompatible con las obligaciones internacionales del Estado”; y el artículo 89 la establece “como resultado de actos u omisiones de sus funcionarios mientras actúan dentro de los límites de su autoridad, cuando dichos actos u omisiones infringen las obligaciones internacionales del Estado”.

Señala Sorensen<sup>52</sup> que dicha distinción ha sido rechazada expresamente por los laudos arbitrales de mayor autoridad que afirman sin vacilación la responsabilidad directa de los Estados por actos de los órganos ejecutivos de menor categoría: un alguacil delegado (Caso Quintilla (1926); un policía (Caso Pugh (1933»); el Caso Roper (1927); el Caso Mallén (1927); el Caso Langdon (1933); un funcionario de aduanas (el Caso Koch (1908; o soldados en tiempos de paz (Caso De Falcon (1926)); Caso García y Garza (1926); Caso Kling (1930).

Igualmente, el Estado incurre en responsabilidad internacional por actos ilícitos efectuados por funcionarios incompetentes aunque éstos hayan violado su propia legislación interna. El fundamento de esto se encuentra en la imposibilidad que existe de averiguar cuándo un funcionario está actuando dentro o fuera de la órbita de sus atribuciones. Además, la responsabilidad del estado resultaría imposible de determinar, ya que en muy pocas ocasiones se dan instrucciones al funcionario para que cometa un acto ilícito.

En la Conferencia de Codificación de La Haya se adoptó el principio de que un Estado incurre en responsabilidad si el daño se produce “como resultado de actos no autorizados de sus funcionarios, efectuados al am-

---

<sup>51</sup> Manual de Derecho Internacional Público, México, 1965, pág. 519.

<sup>52</sup> Id.

paro de su carácter oficial, si tales tales actos violan las obligaciones internacionales del Estado<sup>53</sup>.

c) Responsabilidad por actos del Poder Judicial. El principio de la independencia del Poder Judicial ha servido como base de una ardua discusión respecto de si el Estado es responsable o no por actos del Poder Judicial contrarios al Derecho Internacional.

Los que defendieron la responsabilidad del Estado sostuvieron que el Poder Judicial no era mas independiente del Estado que los poderes Legislativo y Ejecutivo, cuyos actos acarreaban dicha responsabilidad.

Por su parte, los impugnadores de la responsabilidad del Estado por actos del Poder Judicial, arguyeron que la aceptación de tal responsabilidad entrañaba el peligro de constituir a los tribunales internacionales en tribunales de apelación de los tribunales nacional En la Conferencia de Codificación de 1930, antes citada, quedó establecida la responsabilidad internacional del Estado si una sentencia judicial, no sujeta a apelación es incompatible con una obligación internacional del Estado .Ej.: si un tribunal viola un tratado aplicando una ley interna.; si no reconoce a un Embajador la inmunidad de jurisdicción que le otorga el Derecho Internacional, etc.

Tiene que existir, en consecuencia, una infracción evidente, manifiesta de una obligación internacional, para que el Estado esté sujeto a responsabilidad internacional.

De tal modo que un error de hecho o de derecho interno por parte de un tribunal nacional, no compromete la responsabilidad internacional del Estado. Así, por ejemplo, en el Caso Lotus<sup>54</sup> se-dijo: “El hecho de que las autoridades judiciales hayan cometido un error en la elección de la disposición legal aplicable al caso y compatible con el Derecho Internacional, afecta únicamente al derecho interno y sólo puede interesar al Derecho Internacional en tanto implique la infracción de una norma convencional o la posibilidad de una denegación de justicia.”

Muchos han asimilado este caso de responsabilidad internacional del Estado a aquel de responsabilidad general por dictación de una sentencia judicial incompatible con las obligaciones internacionales del Estado.

---

<sup>53</sup>*Id.*, pág. 520.

<sup>54</sup> CPJI, 1927, Serie A N° 10.

*Efectos de la responsabilidad internacional.*

Como ya lo señalamos<sup>55</sup>, todo Estado que comete un acto u omisión ilícitos debe repararlo

Es un principio de derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso entraña la obligación de efectuar una reparación en forma adecuada. El principio esencial contenido en la verdadera noción de un acto ilícito -un principio que parece establecido por la práctica internacional y especialmente por las decisiones de los tribunales de arbitrajes que la reparación debe, hasta donde sea posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiera existido si no se hubiera cometido el acto. La restitución en especie, o de no ser ésta posible, el pago de una cantidad correspondiente al valor que tendría la restitución en especie, y la concesión, en caso de ser necesario, de una indemnización de daños por la pérdida sufrida si ésta no resulta cubierta por la restitución en especie o por el pago en lugar de ella, esos son los principios que deben servir para determinar el monto de la indemnización debida por un acto contrario al Derecho Internacional”<sup>56</sup>

En el *caso relativo al personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán*, dijo la CIJ: ” Las violaciones continuas y sucesivas por Irán de las obligaciones que le incumben en virtud de las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 sobre relaciones diplomáticas y consulares, del Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares entre Estados Unidos e Irán, de 1955, y las reglas de Derecho Internacional general en la materia, originan la responsabilidad internacional de Irán respecto de los Estados Unidos. Una consecuencia evidente ...es que el Estado iraní tiene la obligación de reparar el perjuicio causado a los Estados Unidos”<sup>57</sup>

Además del restablecimiento de las cosas al estado anterior y de la indemnización de daños y perjuicios, como lo señala la Corte Permanen-

---

<sup>55</sup> Ver Hugo Llanos Mansilla, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional*, Tomo II, volumen 2, Santiago, Ed. Jurídica, 2006, pp.752 y ss,

<sup>56</sup> *Caso Factoría Chorzow*, 1928, CPJI, Ser. A, N° 17, pág. 47.

<sup>57</sup> ICJ Reports, 1980, párr. 90.

te, habría que agregar la reparación del daño no material, esto es, se exige la satisfacción por el daño moral producido.

Al respecto, el Proyecto de la CDI señala en su artículo 45: “ 1. El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito una satisfacción por el daño, en particular el daño moral, causado por ese hecho, si ello es necesario para que la reparación sea íntegra y en la medida en que sea necesario. 2. La satisfacción podrá darse en una o varias de las siguientes formas: a) disculpas; b) daños y perjuicios simbólicos; c) en caso de vulneración manifiesta de los derechos del Estado lesionado, indemnización de daños y perjuicios correspondientes a la gravedad de esa vulneración; d) en caso que el hecho internacionalmente ilícito sea consecuencia de una falta grave de funcionarios públicos o de particulares, medidas disciplinarias contra los responsables o castigos de éstos. 3. El derecho del Estado lesionado a obtener satisfacción no justifican demandas que menoscaben la dignidad del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito”

*Restablecimiento de las cosas al estado anterior ( restitutio in integrum).*

Dice el Proyecto de la CDI, en su artículo 43: “1. El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la reparación en especie, es decir, el restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito, siempre y en la medida que esa restitución en especie: a) no sea materialmente imposible; b) no entrañe la violación de una obligación internacional nacida de una norma imperativa de derecho internacional general; c) no entrañe una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado de la obtención de la restitución en especie en vez de la indemnización; d) no comprometa gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, siendo así que el Estado lesionado no resultaría afectado del mismo modo si no obtuviese la restitución en especie”.

La reparación del daño causado tiende, en primer lugar, al restablecimiento de las cosas al estado que existía antes de cometerse el acto ilícito sancionado. Así, por ejemplo, se derogará la ley nacional contraria al tratado internacional o habrá casos de restitución en especie, por

ejemplo, la devolución de impuestos cobrados ilegalmente, o la restitución de los bienes confiscados, etc.

En el caso del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán, de 1980, la CIJ indicó que Irán estaba en la obligación de restituir la libertad a los norteamericanos tomados como rehenes, así como el edificio de la Embajada y los documentos.

Asimismo, en el caso de la competencia en materia de pesquerías, entre España y Canadá, de 1998, se establecieron la liberación del buque español Estai y de su capitán, la devolución de la fianza, la derogación de los reglamentos de Canadá aplicables a los buques de la Comunidad Europea que pescan el flatán negro de Groenlandia<sup>58</sup>

Puede existir una imposibilidad material de restitución en especie - una nave confiscada ilícitamente se ha hundido- o una imposibilidad jurídica si en razón del ordenamiento jurídico interno, no se puede dejar sin efecto una sentencia judicial.

b) Indemnización de daños y perjuicios. Si no cabe una restitución en especie, restableciendo las cosas al estado anterior al hecho ilícito, se reclamará la consiguiente indemnización de daños y perjuicios.

Establece el Proyecto de la CDI, en su artículo 44, lo siguiente:

1.-El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito una indemnización por el daño causado por ese hecho, si el daño no ha sido reparado mediante la restitución en especie y en la medida que no lo haya sido; 2.- A los efectos del presente artículo, la indemnización cubrirá todo daño económicamente valorable que haya sufrido el Estado lesionado y podrá incluirlos intereses y, cuando proceda, las ganancias dejadas de obtener.

Por su parte, el artículo 42 señala que en la determinación de la reparación se tendrá en cuenta la negligencia o la acción u omisión dolosa: a) del Estado lesionado; o b) del nacional de ese Estado, en nombre del cual se interponga la demanda, que haya contribuido al daño. En ningún caso podrá la reparación tener por resultado privar a la población de un Estado de sus propios medios de subsistencia.

---

<sup>58</sup> Fabián Novak T. y Luis García G., Derecho Internacional Público, Tomo I, Fondo Editorial, Lima, 2000, pág. 458.

Agrega que el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, no podrá hacer valer las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de su obligación de reparar íntegramente el daño causado.

“Principio de la equivalencia entre la reparación y el perjuicio.<sup>59</sup> El principio admitido por la práctica internacional es el de que la víctima ha de quedar en el mismo estado en que se encontraría si el acto perjudicial no se hubiera producido. Dentro de lo posible, la reparación debe ser idéntica al perjuicio.

Este principio ha sido formulado por el Tribunal Permanente de Arbitraje, en su sentencia de 13 de octubre de 1922 (asunto de la requisita de barcos noruegos por los Estados Unidos): “La justa compensación implica el restablecimiento completo del statu quo”.<sup>60</sup>

#### *Consecuencias del principio:*

El principio de la integridad de la reparación lleva consigo dos consecuencias: a) La reparación no debe ser inferior al perjuicio; pero b) tampoco debe ser superior.

#### *Primera consecuencia:*

La reparación no debe ser inferior al perjuicio. La reparación debe cubrir todo el perjuicio y compensarlo en su integridad<sup>61</sup>. Este principio presenta un triple aspecto:

A. *Indemnización del lucro cesante.* Si se trata de un perjuicio patrimonial, la reparación, además de la indemnización que corresponda por el *damnum emergens*, ha de comprender la relativa a lo que haya dejado de ganar: el *lucrum cessans*. La evaluación del lucro cesante se acostumbra realizar mediante la fijación de un tanto alzado. Por ejemplo, en el caso de captura o detención ilegal de un barco de pesca extranjero,

---

<sup>59</sup>Charles Rousseau, *Derecho Internacional Público*. Barcelona, 1966, págs. 382 a 384.

<sup>60</sup> Véase *Recueil ONU*, vol. I, pág. 338.

<sup>61</sup> Véase M. I. Litmans, *The international lump-sum settlements of the United States*, Washington, 1962.

muchas decisiones arbitrales fijan una indemnización que-tiene en cuenta la privación del uso del barco y, en su determinación, toman en cuenta la compensación por lo que se ha dejado de ganar (cantidad que se calcula mediante una estimación de la pesca probable, hecha por referencia a la que en las mismas condiciones obtiene un barco de tipo similar)<sup>62</sup>

B. *Evaluación del perjuicio moral.* La jurisprudencia internacional, también tiene en cuenta los daños extra patrimoniales (daños corporales, perjuicios resultantes de la detención o de la expulsión arbitrarias, etc; )

En este punto hay que reservar un especial lugar al perjuicio moral. En diversas ocasiones las decisiones arbitrales han fijado una reparación especial, destinada a compensar los sufrimientos morales de la víctima del daño. En algún caso, muy excepcional, la reparación del perjuicio moral ha sido negada por motivos de fondo.

C. *Pago de intereses.* Además del daño principal producido por el acto ilícito, a la víctima se le ocasiona un perjuicio complementario, al transcurrir entre el acto que ha ser reparado y su definitiva reparación un período más o menos prolongado, durante el cual la víctima se ve privada de un determinado bien o de su compensación monetaria. Por analogía con las soluciones del derecho interno, la jurisprudencia internacional admite la reparación de esta clase de perjuicios mediante el pago de intereses especiales <sup>63</sup>

En lo que concierne al funcionamiento práctico de la institución, bastará destacar:

- a) No existe una solución uniforme en la determinación del momento a partir del cual son pagadero los intereses (*dies a quo*) que según -las resoluciones es la fecha de comisión del acto ilícito, la de formulación de la reclamación o la de la sentencia.

---

<sup>62</sup> En el *caso del crimen de Letelier*, la Comisión, al fijar la indemnización *ex gratia*, señaló que ésta no sólo debía compensar la pérdida del aporte financiero sufrido por la familia del embajador, sino también la restante vida productiva de éste, si no hubiera sido asesinado.

<sup>63</sup> Sobre este caso consúltese la citada sentencia del Tribunal Permanente de Arbitraje, de 11 de noviembre de 1912, que invoca expresamente la uniformidad de derecho interno en la materia. ( R.G. ,1913, doc. Pág.27 y 28).



- b) La misma diversidad se observa cuando se trata de fijar el *dies ad quem*; es decir, el momento en que dejan de devengarse intereses. A veces las decisiones arbitrales prolongan la obligación del pago de intereses hasta el momento del pago efectivo de la reparación (e incluso hasta el momento de su total pago), pero otras fijan una fecha determinada, sobre todo cuando los trabajos de la Comisión de reparaciones son de larga duración.
- c) Por último, la cuantía de los intereses es también muy variable (del 4 al 6% e incluso tipos más altos).

En el *caso Estados Unidos con República Islámica de Irán*, de 1987, la Corte señaló:

“De hecho, es habitual que los tribunales arbitrales concedan intereses como parte de una decisión sobre daños y perjuicios, a pesar de la ausencia de toda referencia expresa a los intereses en el compromiso. Dado que la facultad de otorgar intereses es parte intrínseca de las facultades del Tribunal para resolver las controversias, la exclusión de esa facultad sólo podría basarse en una disposición expresa de la Declaración sobre solución de controversias. Tal disposición no existe. En consecuencia, el Tribunal llega a la conclusión de que forma parte claramente de sus facultades otorgar intereses a título de indemnización del daño sufrido”<sup>64</sup>.

Y en la *caso del M. Saiga*, de 1999, del Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar, no sólo se ordenó una indemnización por daños y perjuicios, sino que se ordenó también el pago de intereses.<sup>65</sup>

### *Segunda consecuencia.*

La reparación no puede ser mayor que el perjuicio. Problema de los perjuicios indirectos<sup>66</sup> Este segundo principio se halla en correlación con el primero y significa que el acto ilícito no puede ser una fuente de enri-

---

<sup>64</sup> Fabián Novak T. y Luis García G., obra citada, pág. 462

<sup>65</sup> Id.

<sup>66</sup> Véase A. Hauriou, *Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux*, en R. G., 1924, págs. 203-231; Spiropoulos, en *Z. fürst P.*, 1925, págs. 59-134; Salvioli, en *Rec. des Oeuvres*, 1929, III, págs. 243-252; *Personnax*, obra citada, 1938, págs. 127-151

quecimiento para la víctima. Ello plantea la cuestión de saber si los perjuicios indirectos han de ser tomados en consideración. Estos perjuicios presentan los siguientes caracteres: a) son accesorios a un perjuicio principal; b) con frecuencia son como una repercusión, que recae en persona distinta de la que ha sufrido el daño principal (como ocurre con los aseguradores); el fenómeno que los determina no carece de analogía con el de la incidencia en materia financiera; c) a veces son producidos por causas exteriores, es decir, que no resultan, siempre ni exclusivamente, del acto generador de la responsabilidad, con el que sólo les une un vínculo remoto.

A imitación de la jurisprudencia interna, generalmente la jurisprudencia internacional se ha mostrado contraria a la indemnización de los perjuicios indirectos.

Examinemos sus diversas etapas:

1º.- El problema se planteó, principalmente y con toda amplitud, en el asunto del Alabama <sup>67</sup>. Reprochaban los Estados Unidos al Gobierno británico que hubiese tolerado la construcción y el armamento, en puertos ingleses, de barcos sudistas ( uno de ellos es el Alabama), los cuales habían causado graves pérdidas a la marina federal norteamericana en el curso de la guerra. de. Secesión. Los Estados Unidos presentaron en 1872, ante el tribunal arbitral de Ginebra -al que había sido sometido el litigio por el Tratado de Washington de 8 de mayo de 1871-, dos clases de reclamaciones: a) unas, que no suscitaron mayor dificultad, referentes a los perjuicios directos derivados de las pérdidas individuales causadas directamente por los buques en cuestión, y b) otras, por los daños indirectos ocasionados por dichos navíos, es decir, por las pérdidas nacionales sufridas durante la guerra civil por el conjunto de los Estados Unidos como consecuencia de la prolongación de la lucha, del alza de los fletes y primas de los. seguros marítimos, etc. Se entabló una violenta controversia, pues la Gran Bretaña se negaba a pagar la fuerte suma que se le reclamaba. El silencio del compromiso de 1871 venía a complicar el problema, ya que cada una de las dos partes entendía que la cuestión se hallaba resuelta en su favor. El tribunal arbitral salió del paso con una fórmula ingeniosa. En una declaración especial de 19 de junio de 1872, se declaró

---

<sup>67</sup> Véase La Pradelle y Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pág. 828.

competente para pronunciarse sobre la reivindicación norteamericana -lo cual era ya una apreciable concesión a los Estados Unidos-, pero rechazó la reclamación en cuanto al fondo, dando así satisfacción a la Gran Bretaña. La decisión del tribunal declaraba que las reclamaciones por daños indirectos, «según los principios del derecho internacional aplicables al caso, no constituyen una base suficiente para fundar un fallo de compensación o un cálculo de indemnización entre naciones».

2°.- En su sesión de 13 de enero de 1909, la conferencia naval de Londres también invocó “el principio general de derecho internacional según el cual sólo se indemnizan los daños y perjuicios de las pérdidas directas”.

3°.- La misma solución ha sido consagrada en diversas decisiones arbitrales relativas a la guerra de 1914: a) en las de 1° de noviembre de 1923, 11 de marzo y 18 de septiembre de 1924<sup>68</sup>, la Comisión germano-norteamericana de reclamaciones rechazó por “inexacta” y “ambigua” la noción de daño indirecto y se negó a tomar en consideración las pérdidas relacionadas con el estado de guerra, pero “que sólo tuvieran con él una relación de dependencia indirecta”; b) el tribunal arbitral, especial germano-portugués instituido en el asunto del Nautilaa tuvo que resolver el mismo problema, pues a consecuencia de la violación de la frontera de Angola por Alemania, en octubre de 1914, produjo una revolución de indígenas en los territorios evacuados por las tropas portuguesas. El Gobierno de Lisboa, que se había visto obligado a mandar una columna de soldados para lograr la pacificación, reclamaba por ello una indemnización especial. Pero en sus decisiones de 31 de julio de 1928 y de 30 de junio de 1930<sup>69</sup>, el tribunal se negó a acordar indemnizaciones por daños indirectos.

4°.- Posteriormente, el principio ha sido confirmado por la jurisprudencia internacional, entre otros, en los siguientes casos:

- a) en la decisión de 23 de abril de 1931 adoptada por la Comisión de reclamaciones anglo-norteamericana en el asunto del Eagle Star and British Dominions Insurance Co., que rechazaba las reclamaciones presentadas por los aseguradores, porque los perjuicios

---

<sup>68</sup> Véase Witenberg, obra citada, I, págs. 18-19, 78-81 Y 133-139.

<sup>69</sup> Véase Recueil ONU, vol. II, págs.1031-1033 y 1074-1076.

que habían sufrido tenían un carácter indirecto, al ser consecuencia de un contrato profesional concluido voluntariamente, cuyos efectos perjudiciales hubieran podido limitar por vía de reaseguro <sup>70</sup>;

- b) en la sentencia arbitral de 5 de octubre de 1938 dictada por Hutcheson, en *el asunto de la Interocean Transportation Co.*, entre los Estados Unidos y Gran Bretaña” <sup>71</sup>.
- c) Satisfacción de orden moral. En este caso se repara el daño causado a la dignidad u honor de un Estado.

Ella puede consistir, por ejemplo, en rendir honores militares a la bandera de un Estado agraviado -si ha habido ultraje u ofensa, ofrecer excusas, castigar a los funcionarios responsables de alguna transgresión, etc. A veces, la sola declaración judicial o arbitral del carácter ilícito de un acto se considera suficiente satisfacción. Así lo ha declarado la Corte Permanente de Arbitraje: “Si una potencia dejara de cumplir sus obligaciones hacia otra potencia, la determinación de este hecho, especialmente en un laudo arbitral, constituye por sí misma una grave sanción” <sup>72</sup>.

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia en el caso del Canal Corfú declaró: “Para garantizar el respeto al Derecho Internacional, del cual es el órgano, la Corte debe declarar que la acción de la Marina de Guerra británica constituye una violación de la soberanía de Albania a través de su abogado, y es en sí una satisfacción apropiada”.

### *La reparación en materia de derechos humanos y derecho humanitario*

Me debo referir en esta parte a los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.

---

<sup>70</sup>Véase *Annual Digest*, 1931-1932, caso número 107, pág. 217.

<sup>71</sup> Véase id., 1935-1937, caso N°s 115, págs. 274-276. Véase id., 1935-1937, caso N°s 115, págs. 274-276.

<sup>72</sup> Caso Carthage, 1913, II RIAA, 457. Sorensen, obra citada, pág. 541

Estos principios y directrices fueron aprobados por el Consejo Económico y Social- ECOSOC- de las Naciones Unidas en su 56ª sesión, de fecha 19 de abril de 2005<sup>73</sup>.

La Sección IX se refiere a la reparación de los daños de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario.

Señala el Principio 15; “ *Una reparación adecuada, efectiva y rápida* tiene por finalidad promover la justicia, *remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario*. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido”.

Luego, el principio 18 indica que *se deberá dar a las víctimas de estas violaciones, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva*, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

En cuanto a la *restitución*, el Principio 19, establece que “*siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes*”.

El Principio 20, agrega: *la indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario*, tales como los siguientes: a) el daño físico o mental; b) la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) los daños mate-

---

<sup>73</sup> Se aprobó por 40 votos contra 0 y 17 abstenciones.

riales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) los, perjuicios morales; e) los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales”.

El Principio 21 indica que “La *rehabilitación* ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales” Y el Principio 22 al referirse a la *satisfacción* incluye, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas; la búsqueda de las personas desaparecidas, la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones, disculpas públicas, las garantías de no repetición, conmemoraciones y homenajes, etc.

El Principio 23, se refiere a las *garantías de no repetición*: un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad, fortalecimiento de la independencia del poder judicial, protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, los medios de comunicación, los defensores de los derechos humanos, la educación de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho humanitario, etc.

## **Anexo I**

### *Lista de temas de derechos humanos en la ONU*

#### **Agua y saneamiento**

Relatora Especial para el derecho humano al agua potable y al saneamiento

#### **Alimentación**

Relator Especial sobre el derecho a la alimentación

#### **Cambio climático**

Defensores de los derechos humanos

Relator Especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos

#### **Democracia**

#### **Derechos civiles y políticos**

Comité de Derechos Humanos (HRC)

**Derechos culturales**

Relatora Especial en la esfera de los derechos culturales

Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)

Derechos humanos y la solidaridad internacional

**Desapariciones**

Comité de las desapariciones forzadas

Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias  
(Comisión)

**Derecho al desarrollo**

Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el derecho al desarrollo

**Detención**

Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (Comisión)

**Discapacidad**

Derechos Humanos de las personas con discapacidad

**Discriminación**

**Educación**

Relatora Especial sobre el derecho a la educación

Educación y capacitación en la esfera de los derechos humanos

**Ejecuciones**

Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias

**El derecho de libertad de reunión y asociación pacíficas**

Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas

**Empresas transnacionales**

Grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales

**Esclavitud**

Fondo Fiduciario de contribuciones voluntarias para luchar contra las formas contemporáneas de esclavitud

Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud

Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud

### **Estado de derecho**

### **Género**

### **Globalización (Empresas, Comercio e Inversiones)**

### **Globalización, Comercio e Inversión**

Las empresas y la globalización de los derechos humanos

### **Impunidad**

### **Independencia de magistrados y abogados**

Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados

Indicadores sobre los Derechos Humanos

Libertad de opinión y de expresión

Libertad de expresión y apología del odio religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión

Libertad de religión o de creencias

Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias

### **Medio Ambiente**

Derechos Humanos y Medio Ambiente

Relator Especial sobre los efectos nocivos del traslado y vertimiento de productos tóxicos y peligrosos y los desechos en el disfrute de los derechos humanos

### **Mercenarios**

Grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación

Relator Especial sobre el uso de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación

### **Migración**

Comité sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CMW)

Los derechos humanos y la migración



Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes

**Minorías**

Experto independiente en cuestiones de las minorías

**Mujeres**

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Grupo de trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica

Relatora especial sobre la violencia contra la mujer

**Niños**

Comité de los Derechos del Niño (CRC)

Estudio de las Naciones Unidas Sobre la Violencia contra los Niños

Estudio del ACNUDH sobre el derecho del niño a la salud

Niños trabajando o viviendo en la calle

Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía

**Personas internamente desplazadas**

Relator especial sobre las personas internamente desplazadas

Planes de acción para la promoción y la protección de derechos humanos

Planes de Acción para la Promoción y la Protección de Derechos Humanos

**Pobreza**

Consulta sobre el borrador de los principios rectores: “Pobreza extrema y derechos humanos: los derechos de los pobres”

Pobreza

Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos

**Pueblos indígenas**

Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas

Grupo de trabajo sobre el Proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas (Comisión)

Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas  
Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas  
Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas

### **Racismo**

Comité Ad-Hoc sobre la elaboración de las normas complementarias  
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)  
Conferencia de Examen de Durban (2009)  
Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (2001)  
Grupo de eminentes expertos independientes  
Grupo de trabajo intergubernamental sobre la aplicación efectiva de la Declaración y Programa de Acción de Durban  
Grupo de trabajo sobre las personas de descendencia africana encargados de estudiar los problemas de discriminación racial a que hacen frente las personas de ascendencia africana que viven en la diáspora  
Programa de Becas para Personas de Ascendencia Africana  
Relator Especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia

### **Salud**

Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

### **Terrorismo**

Experto Independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo  
Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo  
Relatora Especial sobre el terrorismo y derechos humanos de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos

### **Tortura**

Comité contra la Tortura (CAT)

Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Tortura

Relator Especial sobre la cuestión de la tortura

Subcomité para la prevención de la tortura

**Trata de personas**

Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y los niños

**Personas mayores**

VIH/SIDA

**IH / SIDA y los Derechos Humanos**

**Vivienda adecuada**

Relator Especial sobre la vivienda adecuada

**Anexo II**

**Órganos de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos**

La Asamblea General de las Naciones Unidas

La Tercera Comisión de la Asamblea General.

El Consejo Económico y Social

La Corte Internacional de Justicia

**El Consejo de Derechos Humanos**

El Consejo de Derechos Humanos fue establecido por la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006. El Consejo se reúne por lo menos tres veces al año y presenta sus informes a la Asamblea General. El Consejo ha asumido la responsabilidad de los procedimientos especiales originalmente establecidos por la Comisión de Derechos Humanos: relatores especiales, representantes o expertos y grupos de trabajo que investigan, discuten e informan sobre temas específicos de derechos humanos clasificados por países o por temas.

### **Comisión de Derechos Humanos**

La Comisión de Derechos Humanos fue establecida por la resolución 5 (I) del Consejo Económico y Social, de 16 de febrero de 1946. La Comisión se reunió anualmente y, cuando fue necesario, en períodos extraordinarios de sesiones.

La Comisión estableció mecanismos extraconvencionales: relatores especiales, representantes o expertos y grupos de trabajo que investigaron, discutieron e informaron sobre temas específicos de derechos humanos clasificados por países o por temas.

### **Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos**

La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos fue establecida por la Comisión de Derechos Humanos de conformidad con el mandato de la resolución 9 (II) del Consejo Económico y Social, de 21 de junio de 1946. Anteriormente se denominaba Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, el nombre fue cambiado por la decisión 1999/256 del Consejo Económico y Social, de 27 de julio de 1999. La Subcomisión se reúne en sesiones anuales y presenta sus informes al Consejo de Derechos Humanos. Antes del 19 de junio de 2006, la Subcomisión presentaba sus informes a la Comisión de Derechos Humanos.

La Subcomisión también recibe informes de grupos de trabajo y relatores especiales

*Órganos creados en virtud de tratados:*

### **Comité contra la Tortura**

El Comité contra la Tortura fue establecido de conformidad con el artículo 17 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes para vigilar la implementación de la Convención. Según el artículo 19 de la Convención, los Estados Partes tienen la obligación de presentar un informe inicial sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de sus obligaciones en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la convención para cada Estado Parte y posteriormente cada cuatro años

*Subcomité para la Prevención de la Tortura***Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue establecido por la resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social para vigilar la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales pero funciona como los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados. Según la resolución 1988/4 del Consejo Económico y Social, los Estados Partes del Pacto tienen la obligación de presentar un informe inicial sobre las medidas adoptadas y el progreso logrado en el cumplimiento de los derechos reconocidos en el Pacto, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de éste para cada Estado Parte y posteriormente cada cinco años

**Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer**

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se estableció de conformidad con el artículo 17 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer para vigilar la implementación de la Convención.

Según el artículo 18 de la Convención, los Estados Partes tienen la obligación de presentar un informe inicial sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la Convención, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de ésta para cada Estado Parte y posteriormente cada cuatro años.

**Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial**

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial se estableció de conformidad con el artículo 8 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial para vigilar la implementación de la Convención. El Comité se reúne cada año en dos períodos ordinarios de sesiones en Ginebra.

Según el artículo 9 de la Convención, los Estados Partes tienen la obligación de presentar un informe inicial sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan aprobado y que pongan en marcha las disposiciones de la Convención, en el plazo de un año

a partir de la entrada en vigor de ésta para cada Estado Parte y posteriormente cada dos años.

### **Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares**

El Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (CMW) se estableció de conformidad con el artículo 72 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares para vigilar la implementación de la Convención.

Según el artículo 73 de la Convención, los Estados Partes tienen la obligación de presentar un informe inicial sobre las medidas adoptadas para dar efecto a las disposiciones de la Convención y el progreso alcanzado en la aplicación de esos derechos, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado Parte de que se trate y posteriormente cada cinco años.

### **Comité de los Derechos del Niño**

El Comité de los Derechos del Niño fue establecido de conformidad con el artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño para vigilar la implementación de la Convención.

Según el artículo 44 de la Convención, los Estados Partes tienen la obligación de presentar un informe inicial sobre las medidas adoptadas y el progreso logrado en el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de ésta para cada Estado Parte y posteriormente cada cinco años.

### **Comité de Derechos Humanos**

El Comité de Derechos Humanos fue establecido de conformidad con el artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité se reúne cada año en tres períodos ordinarios de sesiones en Nueva York y en Ginebra.

Según el artículo 40 del Pacto, los Estados Partes tienen la obligación de presentar un informe inicial sobre las medidas adoptadas y el progreso logrado en el cumplimiento de los derechos reconocidos en el pacto en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de éste para cada Estado Parte y posteriormente cada cinco años.

El Comité también examina, bajo el Protocolo Facultativo, las comunicaciones recibidas de particulares que reclaman que sus derechos (establecidos en el Pacto) han sido violados sin reparación civil.

## **Comité sobre los derechos de las Personas Discapacitadas**

### **Comité sobre las Desapariciones Forzadas**

#### *Otras entidades de la ONU involucradas en la promoción y protección de derechos humanos*

Muchas agencias y entidades de Naciones Unidas también están implicados en la promoción y la protección de derechos humanos y obran recíprocamente con los órganos principales de los derechos humanos:

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR).

La Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA).

The Inter-Agency Internal Displacement Division.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La Organización Mundial de la Salud (OMS).

La Organización Educativa, Científica y Cultural de las Naciones Unidas (la UNESCO).

El Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS).

El Comité Permanente entre Organismos (IASC).

El Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DESA).

La Comisión de la Condición de la Mujer (CSW).

La Oficina de la Asesora Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI).

La División para el Adelanto de la Mujer (DAW).

El Fondo de la Población de Naciones Unidas (UNFPA).

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

El Fondo de Desarrollo de Naciones Unidas para las mujeres (UNIFEM).

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

La Organización de alimento y de agricultura de las Naciones Unidas (FAO).

El Programa Humano de los Establecimientos de Naciones Unidas (HABITAT).

La Acción de las Naciones Unidas contra Minas.



## **MUTACIONES EN LAS RELACIONES DIPLOMÁTICAS CONTEMPORÁNEAS**

Manuel MORALES LAMA

En la actualidad son muchos y diversos los elementos que merecen ser analizados respecto al profundo cambio en la forma con que los estados están enfrentando los nuevos desafíos globales, que obligan a un nuevo enfoque que debe contemplar los riesgos involucrados, pero también las bien sustentadas perspectivas de oportunidades.

Las últimas décadas han sido testigos de modificaciones muy significativas en las relaciones internacionales, en las cuales los vínculos entre las naciones han adquirido una relevancia sin precedentes y en ellas los asuntos económicos y comerciales y la cooperación han ido adquiriendo, firmemente, una importancia de primer orden.

Igualmente, la actual dinámica de la política internacional, en la que incide evidentemente la creciente interdependencia de los estados, determina el imprescindible rol de las relaciones diplomáticas contemporáneas y asimismo ocurre con otros nexos generados por la inclusión de nuevos actores y el surgimiento de complejos desafíos en el escenario internacional de hoy.

En ese sentido, de conformidad con el nivel de los vínculos establecidos entre las diversas “unidades diferenciadas” y el estatus de los actores internacionales que interactúan en estos procedimientos, se han establecido, entre otros esenciales asuntos, gradaciones que van desde la denominada paradiplomacia, continuando con la protodiplomacia, hasta llegar a las relaciones diplomáticas plenas.

En la misma dirección, hay que resaltar que la cada vez más frecuente aceptación de la actividad internacional de gobiernos no centrales ha motivado que determinados autores insistan en denominarla

paradiplomacia. Este término específicamente se refiere a las gestiones, procesos y redes a través de los cuales los gobiernos subnacionales buscan establecer entre otros importantes vínculos, contactos de cooperación con gobiernos centrales extranjeros o bien con otros gobiernos subnacionales. Los objetivos de tales actividades allende las fronteras nacionales, suelen ser el comercio exterior, la búsqueda de inversiones, la protección del medio ambiente, los intercambios culturales y el turismo. De igual modo otros asuntos de importancia regional y temas políticos “de segundo nivel”<sup>1</sup>.

Dado que la política exterior ha sido históricamente el coto privado del gobierno central, la tensión que se crea entre la diplomacia del gobierno central y la participación internacional de los Estados Federados tiende a interpretarse como un síntoma particularmente interesante del dinámico proceso dialéctico de centralización/descentralización de los Estados Federales modernos, en el marco del denominado nuevo federalismo (J. Kincaid)<sup>2</sup>.

Asimismo, va adquiriendo cada vez mayor aceptación el término protodiplomacia que suele ser utilizado por varios autores para describir gestiones en el extranjero de un gobierno no central y “que ofrece un mensaje en determinada medida separatista” (I. Duchacek)<sup>3</sup>.

Es decir, son iniciativas y actividades de un gobierno subnacional que aspira a establecerse como Estado plenamente soberano, todo lo cual viene a constituir, eventualmente, el trabajo preparatorio de cara a una futura secesión y al reconocimiento internacional de tal situación.

Hay que señalar, asimismo, que determinados autores insisten en denominar postdiplomacia a la acción internacional de los “Organismos no Gubernamentales”, puesto que se trata de un proceso cuya lógica

---

<sup>1</sup> I. Aguirre Zabala, “¿Qué sentido tiene hablar de Paradiplomacia? Una Encuesta Hipertextual en torno a un Neologismo Polisémico in Paradiplomacia: las Relaciones Internacionales de las Regiones (Barcelona, 2002) 220-221.

<sup>2</sup> J. Kincaid. “Constituent Diplomacy in Federal Politics and the Nations State: Conflict and Cooperations” in Vichelmann, Hans J.; Soldatos, Panayotis. *Federalism and International Relations: The Role of Subnational Units*, Nueva York, (Oxford: University Press, 1990) 38.

<sup>3</sup> I. Duchacek. *The Territorial Dimension Of Politics: Within, Among and Across Nations* (Londres: Westview Press, 1986) 240.

conduce, en todos los casos, más allá del Estado-nación moderno, es decir, más allá de la diplomacia. Otro neologismo cuya aceptación todavía es muy cuestionada por los expertos es la llamada antidiplomacia -término acuñado por Der Derian- que se refiere al siniestro y desestabilizador imperio antisistema internacional de los terroristas incontrolables, de los espías profesionales y de los empresarios narcos<sup>4</sup>.

En ese contexto, es oportuno recordar, que el establecimiento de relaciones diplomáticas, como atributo de soberanía de los estados, se efectúa por consentimiento mutuo, partiendo del interés recíproco y fundamentándose en el Principio de la Igualdad Jurídica de los estados. Previo al establecimiento de relaciones de ese carácter, los países deben haberse reconocido mutuamente y estar dotados, por supuesto, de la personalidad jurídica internacional y del derecho a la autodeterminación que le confiere su soberanía.

Hay que puntualizar que el establecimiento de relaciones diplomáticas supone el intercambio de misiones diplomáticas permanentes. Sin embargo, no lo determina necesariamente, puesto que el derecho de legación (o de misión) es facultativo en este sentido. En estos casos habrá que tenerse en cuenta la conveniencia de ese intercambio, básicamente en los órdenes: económico, político, jurídico pero también cultural, científico y tecnológico. Incide en la decisión el Principio de la Reciprocidad.

Si bien los estados suelen intercambiar una modalidad de misión diplomática de ancestral origen denominada embajada, su representación ante los organismos internacionales tiene lugar a través de delegaciones (o misiones) permanentes. Una alternativa al envío de la misión diplomática permanente es el establecimiento de nexos que se acuerdan entre estados a través de un jefe de misión concurrente, generalmente, con el rango de embajador.

Como es sabido, éste es un jefe de misión que por razones especiales está acreditado ante dos o más estados, en la misma región lo cual se denomina acreditación múltiple pasiva o plural<sup>5</sup> (también llamada simul-

---

<sup>4</sup> J. Der Deriam. "On Diplomacy, a Genealogy of Western Estrangement" (Oxford: Blackwell, 1987) 221.

<sup>5</sup> A diferencia de la acreditación múltiple pasiva se ha establecido la llamada "acreditación múltiple activa o común" mediante la cual en situaciones especiales dos

tánea o doble), y tiene su sede en aquél considerado idóneo para sus intereses (políticos, económicos, u otros) por el país acreditante (Estado receptor principal) y se acredita a su vez ante otro (u otros) estados receptores (segundos estados receptores). No obstante, debe tenerse en cuenta que existen países que pueden negarse a recibir embajadores concurrentes, y que hay otros que se oponen expresamente a acreditarlos cuando éstos tienen su sede en determinados países que ellos consideran inconvenientes “por razones que no tienen la obligación de explicar”. Este tipo de relación bilateral mantenida mediante embajadores concurrentes es muy limitada, y sólo se justifica entre países cuyos intercambios no exceden las posibilidades materiales que demandan las misiones residentes.

### **La Misión Diplomática Permanente**

La misión diplomática ha sido por siglos un componente esencial en las relaciones entre los estados. Sus antecedentes datan de la primera mitad del siglo XV, cuando los estados italianos tienen la iniciativa de destinar enviados permanentes.

Según Pérez de Cuéllar la misión diplomática es “... la agencia o establecimiento, que un Estado instala en otro Estado con su consentimiento, para mantener con él relaciones diplomáticas”<sup>6</sup>.

---

o más estados podrían acreditar a la misma persona ante un tercer Estado, salvo que el Estado receptor se oponga a ello. En estos casos el Estado acreditante principal es aquel que establece su misión diplomática en el Estado receptor y los segundos estados acreditantes son los que proceden a acreditar también como propio jefe de misión al jefe de la misión del Estado principal o a otro agente diplomático de esa misión, igualmente como propio representante. En el ámbito de las conferencias diplomáticas y de las Organizaciones Internacionales la acreditación múltiple activa tiene más fácil aplicación y de hecho en determinadas circunstancias se acude a ella, sobre todo en conferencias diplomáticas, como hacen, por ejemplo, los estados nórdicos o integrantes del BENELUX. E. Vilariño. *Curso de Derecho Diplomático y Consular* (Madrid: Tecnos, 2003). 222-225.

<sup>6</sup> J. Pérez de Cuéllar, *Manual de Derecho Diplomático* (México: Fondo de Cultura Económica, 1997), 162, 23.

Sin embargo, para determinados autores la misión diplomática es básicamente el conjunto de personas nombradas por un Estado llamado acreditante para ejercer, bajo la autoridad de un jefe de misión, funciones de carácter diplomático con el auxilio de funcionarios técnicos y administrativos en el territorio de otro Estado llamado receptor.

Esta socorrida definición ubica a la misión diplomática en el ámbito de la diplomacia bilateral, sin tomar en cuenta la importancia de la misión en sí misma<sup>7</sup>.

Es preciso, sin embargo, poder contar con una definición de pleno contenido, que pudiera ser válida también para cualquier otro tipo de misión, tal como las delegaciones permanentes, establecidas por un Estado ante un organismo internacional. Por lo tanto, sería más adecuado conceptualizar la misión diplomática como “el órgano de un sujeto de Derecho internacional encargado de asegurar las relaciones diplomáticas de aquel sujeto”<sup>8</sup>.

En el caso de las relaciones diplomáticas entre los estados, la creación de una misión diplomática es resultado de un acuerdo<sup>9</sup> entre el Estado acreditante y el Estado receptor. No obstante, para que este acuerdo sea efectivo se requiere que tanto la entidad que envía la misión diplomática como aquélla que la recibe posean personalidad jurídica internacional

---

<sup>7</sup> La misión diplomática posee privilegios propios distintos de los que se les reconocen a los miembros del personal que la integra. De hecho, la creación de la misión diplomática es el resultado de un procedimiento distinto del seguido para el nombramiento y acreditación de los agentes diplomáticos. La existencia de la misión debe ser independiente de los cambios que pudieran producirse en la composición de su personal, empero están íntimamente relacionados. Es un hecho innegable, que la mayor parte de los documentos de la misión se hacen en nombre de ésta y no del titular. Finalmente debemos señalar que la misión diplomática tiene características y hasta derechos propios consagrados en el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

<sup>8</sup> F. Cahier. *Derecho Diplomático Contemporáneo* (Madrid: Editora Tecnos, 1967) 81.

<sup>9</sup> En la Declaración Conjunta correspondiente, se hace constar la determinación de ambos estados de fortalecer los lazos de amistad y el desarrollo de la cooperación sobre la base del Principio de Igualdad Jurídica entre los Estados, el respeto mutuo, la soberanía, la independencia política, la integridad territorial y la no injerencia en los asuntos internos, así mismo se establece el nivel de dichas relaciones. Este documento se dará a la publicidad en ambos países en una fecha acordada previamente por ambos estados.

y, por supuesto, es indispensable que los gobiernos de ambos estados se hayan reconocido mutuamente.

Debe tenerse presente que el Derecho diplomático deja a la libre determinación de los estados la estructura de sus misiones y serán generalmente los intereses de cada Estado los que establecerán la organización y estructura de sus misiones en el exterior. En la actualidad, como sabemos, existen dos denominaciones para las misiones diplomáticas: las delegaciones (o misiones) permanentes, que son las que los estados acreditan ante los organismos internacionales, y las embajadas que son la forma habitual de misión que suelen intercambiarse los estados que han convenido establecer entre ellos relaciones diplomáticas.

Ya sabemos que el órgano principal y centro operativo de una misión diplomática se denomina cancillería, que es donde se coordina el trabajo de las demás secciones de la misión. De igual modo, allí se reciben, preparan y envían los documentos que entran dentro de la competencia del jefe de misión, pero también se custodian los archivos, la clave, la caja, los registros y, por supuesto, se atienden las cuestiones administrativas de la misión. Hay embajadas pequeñas que sólo constan de la cancillería como única estructura.

Conviene recordar que conforme al Artículo 3.1 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en:

- a) Representar al Estado acreditante ante el Estado receptor;
- b) Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales dentro de los límites permitidos por el Derecho internacional;
- c) Negociar con el Gobierno del Estado receptor;
- d) Enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al Gobierno del Estado acreditante;
- e) Fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor.

Es evidente que la representación diplomática ha sido, y sigue siéndolo hoy, la base fundamental para el ejercicio de las demás funciones en este marco. Para que la representación sea asumida con la debida propiedad se requiere ser un genuino representante de su nación, comprometido fielmente en la defensa de los intereses fundamentales del propio país.

En la actualidad, debido a la importancia adquirida por los asuntos económicos, en muchas capitales, se hace indispensable contar en las embajadas con secciones que se interesen en los asuntos económicos, comerciales y financieros.

Sólo en ausencia de consulados “rentados” o de carrera, en la ciudad sede de la embajada, se justifica la necesidad de una sección consular como parte de la estructura de una misión diplomática. Sin embargo, la creación de secciones culturales, militares, laborales, de prensa, de cooperación, agrícola, entre otros, depende casi exclusivamente de la conveniencia de cada Estado.

Debe tenerse en cuenta que la salvaguarda y promoción de los intereses del país en el exterior, e igualmente su imagen y prestigio internacionales, son ineludibles responsabilidades del jefe de misión diplomática.

Es fundamental que los estados, a través de su actividad diplomática, proyecten una imagen adecuada y confiable del país, facilitando el conocimiento de la idiosincrasia de su nación, sus valores, su cultura y los niveles de superación y honorabilidad de sus nacionales; lo cual resulta imprescindible para la obtención de determinados objetivos de la política exterior y que, asimismo, constituyen elementos necesarios para la efectiva ejecución de la denominada diplomacia pública, de la que suele formar parte el eficaz proyecto “estrategia marca país”.

Para los estados contemporáneos es un imperativo potenciar la marca país, lo que facilitaría proyectar convenientemente una imagen del país adaptada a los nuevos tiempos y consecuentemente, atraer un consistente nivel de inversión extranjera, lo cual exige contar con apropiadas infraestructuras y las telecomunicaciones correspondientes, también con sólidas entidades financieras, un sector eléctrico eficiente y el adecuado control sanitario. Asimismo resultan esenciales las respectivas garantías jurídicas y la seguridad pública.

En un contexto globalizado, una apropiada y a la vez competitiva presencia internacional de los estados demanda una política exterior de largo plazo, según sostiene C. Barco, a través de la cual el país pueda desarrollar una proyección y una imagen tan digna como atractiva y confiable<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> C. Barco. “Política Exterior para un mundo en transformación”, (Colombia: Ministerio de Relaciones Exteriores, 2005) Recuperado de <http://www.planeacion.cundi>

Una consistente presencia internacional exige contar con un servicio exterior a la altura de ese nivel de responsabilidad. Para ello hoy se requiere que el personal que lo conforma cuente con una sólida formación en Economía y Comercio Internacional, lo que resulta indispensable para las respectivas opiniones técnicas e informes, así como para el intercambio de información, e igualmente, para la realización de cabildeo (“lobby”), negociaciones, análisis, desarrollo y aplicación de los acuerdos comerciales.

Asimismo, los agentes diplomáticos deben tener el consabido dominio de la Teoría (o Ciencia) de las Relaciones Internacionales y del fundamental Derecho internacional, entre otros esenciales conocimientos, requeridos para el efectivo ejercicio de sus funciones. Como es ampliamente reconocido por académicos y especialistas en este campo y conforme a la fuente citada precedentemente, la diplomacia implica habilidades que deben cultivarse y que requieren la acumulación de una experiencia relevante que pueda garantizar la destreza y eficacia en este quehacer. El fortalecimiento de la carrera diplomática resulta esencial en el propósito de construir una política exterior “de largo aliento”, más allá de lo meramente coyuntural, que pueda abordar “la diversidad, la amplitud y la especificidad de la agenda internacional”.

## **La Diplomacia Económica y Comercial**

La implementación y el desarrollo de la llamada “diplomacia económica y comercial”, tiende a ser un imperativo para los estados contemporáneos y consecuentemente se ha convertido en un fundamental proyecto de Estado de consistente y compleja elaboración.

Es evidente que “la fuerza política de un Estado no reposa exclusiva y directamente sobre sus parámetros económicos. Es necesario conjugar coherentemente la capacidad comercial con la operatividad en otros cam-



pos, y todo ello unido a una gran cohesión social”, así lo afirma J. Álvarez Bueno. A lo que el autor añade: Es la versatilidad y la síntesis de todos estos factores la que proporciona el peso político de un Estado. Y la diplomacia es uno de los instrumentos adecuados para realizar esa síntesis, en la medida que es capaz de utilizar su peso político a favor de las empresas y las inversiones y, a la inversa, rentabilizar políticamente el peso económico de sus nacionales en el exterior<sup>11</sup>.

Entre las acciones principales que se desempeñan en el marco de la diplomacia económica, están: a) la promoción comercial, haciendo énfasis, pero no limitándose, en las exportaciones de bienes y servicios; b) la promoción de la inversión, orientada principalmente a la canalización de la inversión extranjera, pero sin excluir gestiones referentes a la inversión en el exterior de empresas del país que se representa, cuando fuera pertinente; c) la atracción de convenientes tecnologías, así como gestiones referentes al desarrollo de las tecnologías locales; d) la cooperación internacional y de ésta el manejo de la ayuda económica, lo cual es importante para la mayoría de los países en desarrollo como destinatarios de la misma y para los donantes, que suelen ser los países desarrollados.

Las relaciones internacionales de la postmodernidad tienden a exigir, además de la implementación de nuevas acciones y métodos, la modificación y efectiva adecuación de los tradicionales roles y responsabilidades de los Ministerios de Relaciones Exteriores, que incluye preeminentemente la concertación (mediante mecanismos institucionales) de actividades que antes correspondían exclusivamente a éstos, con otros ministerios (o entidades gubernamentales) que tienen especialización técnica o competencias comunes en temas tales como los concernientes al comercio internacional, e igualmente con actores no estatales, con los que debe mantenerse un diálogo constructivo orientado a la cooperación<sup>12</sup>.

Sin embargo, hay países que tienen otras formas de proceder respecto a la conciliación de competencias internas institucionales vincula-

---

<sup>11</sup> J.M. Álvarez Bueno, “La Diplomacia Económica y Comercial”, in *Memoria de la Escuela Diplomática* (Madrid: Escuela Diplomática, 2000) 2.

<sup>12</sup> R. Saner y L. Yiu “International Economic Diplomacy: Mutations in Post-modern times”, in *Discussion Papers in Diplomacy* (The Hague: Netherlands Institute of International Relations, 2003) 20.

das con el comercio internacional y las relaciones exteriores. Un ejemplo que citan varios autores es el caso de la República Argentina, cuya Cancillería se denomina Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; es decir, que tanto las relaciones exteriores como el comercio exterior son responsabilidad de un mismo ministerio.

En lo que respecta al servicio exterior, hoy más que antes, las embajadas cuentan con una sección especializada para estas funciones, al frente de la cual está un consejero (técnico) o agregado económico y comercial, que puede ser un diplomático especializado en estas áreas o bien conforme a los acuerdos interinstitucionales (o a normas establecidas al respecto) podría ser un funcionario escogido, o recomendado, por el Ministerio de Comercio Exterior o su equivalente. Naturalmente, el encargado de dicha sección está subordinado al jefe de misión y, a través de éste, al Ministerio de Relaciones Exteriores, al que corresponde mantener el Principio de Unidad de Acción Exterior del Estado.

Hay que puntualizar en este quehacer las labores de observación e información que realizan los agentes diplomáticos con respecto a las políticas económicas de países extranjeros y la responsabilidad que tienen éstos de dar al Estado que representan la asistencia o asesoramiento, según el caso, en cuanto a la mejor forma de influenciarlas<sup>13</sup>.

En el orden práctico es esencial en este ejercicio contar efectivamente con los recursos tecnológicos que permitan obtener las informaciones necesarias para la formulación de las respectivas políticas, como por ejemplo, el “software” denominado “World Integrated Trade Solution (WITS)”, desarrollado por el Banco Mundial y las que se incluyen en los trabajos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), que “busca facilitar el manejo de las bases de datos internacionales sobre informaciones comerciales y diseños de escenarios de negociación que permitan estimar posibles impactos fiscales y comerciales, debidos a cambios arancelarios y flujos de comercio”, entre otros asuntos indispensables para esta labor, que son imprescindibles en los “Proyectos para el fortalecimiento de la gestión del comercio exterior”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> R. Saner y L. Yiu, *op. cit.*, 20.

<sup>14</sup> “World Trade Integrated Solution”. Recuperada de <http://wits.worldbank.org/wits/index.html> en 7 de abril de 2013.

Conviene resaltar, finalmente, que la diplomacia económica es parte esencial de la dinámica de una consistente política exterior económica y que, asimismo, constituye un elemento inseparable de la diplomacia convencional, particularmente en su manejo profesional. Al respecto, resulta esencial poder garantizar la efectividad debida en la correspondiente identificación de los intereses económicos nacionales en el exterior, lo cual requiere un bien fundamentado análisis y las correspondientes investigaciones para sustentar la implementación de una política exterior económica capaz de orientar el desarrollo de un eficaz modelo de diplomacia económica.

### **La Multilateralidad Diplomática**

Una característica emblemática de la vida internacional es, evidentemente, la relevante presencia cada vez más frecuente, de las organizaciones internacionales, cuyas actividades cubren múltiples y diversos aspectos de la condición humana, así como de la vida de relación de los miembros de la “Comunidad Internacional”. Por tal razón se considera que el sistema internacional tiende a ser “heterogéneo”, lo cual se ha hecho “acentuadamente notorio” a partir de 1945, con la puesta en vigor de la “Carta de San Francisco”, que crea la Organización de las Naciones Unidas.

Hay que recordar que las organizaciones internacionales son en esencia asociaciones voluntarias de estados, constituidas mediante tratados multilaterales de carácter permanente, y dotadas “de una personalidad jurídica distinta de la propia de los estados miembros. Su finalidad consiste en alcanzar objetivos específicos a través del ejercicio de determinados poderes y funciones”, tal como sostiene J. Pérez de Cuéllar<sup>15</sup>, y cuentan, asimismo, con sus respectivas constituciones, y órganos comunes.

A pesar del fundamental rol que desempeñan actualmente los organismos internacionales en este ámbito, esto no ha supuesto el desplaza-

---

<sup>15</sup> J. Pérez de Cuéllar. *Manual de Derecho Diplomático* (México: Fondo de Cultura Económica, 1997) 162.

miento de los estados soberanos (sus “actores tradicionales”), afirma J. Pastor Ridruejo<sup>16</sup>, “porque las organizaciones internacionales no constituyen instancias políticas superiores a ellos. De ahí que la sociedad internacional sigue siendo básicamente de yuxtaposición de Estados, que han sido sus actores por excelencia y corresponde a éstos el máximo protagonismo en las relaciones internacionales y la subjetividad plena en el Derecho internacional”. En ese marco hay que reconocer, añade Pastor Ridruejo, que las organizaciones internacionales han servido de cauce para significativas transformaciones del Derecho internacional. Asimismo, a través de los organismos internacionales, se han institucionalizado sectores muy importantes de la cooperación entre los estados.

En el ámbito de la política internacional, el desarrollo del multilateralismo es un significativo rasgo de nuestro tiempo que amplía los horizontes de la acción diplomática. En el orden práctico, es evidente que se necesita una capacidad colectiva para el tratamiento de los graves problemas contemporáneos: El terrorismo, el narcotráfico, “la gran delincuencia”, y también la protección del medio ambiente, el respeto a los derechos humanos, la lucha contra la pobreza, el restablecimiento y mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, la defensa de la democracia. Igualmente sucede con la regulación del comercio internacional, las grandes financiaciones de alto riesgo, la prevención y corrección de los desequilibrios más graves, la utilización de tecnología avanzada y el control del uso de las armas de destrucción masiva, entre otros.

En lo concerniente a las negociaciones multilaterales, según observa A. Plantey, “el conjunto complejo y evolutivo constituido por ellas actúa de manera original”<sup>17</sup>, y a su efectivo perfeccionamiento se dedica, sin cesar, la actividad diplomática, en el seno de las asambleas y conferencias internacionales. Sus resultados constituyen un factor dinámico que enriquece las fuentes del Derecho internacional.

El debate multilateral es evidentemente un intercambio de ideas, de informaciones y propuestas, y al mismo tiempo la ocasión de apreciar la convergencia o la divergencia, a veces públicas, de un conjunto de activi-

---

<sup>16</sup> J. Pastor Ridruejo. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (Madrid: Tecnos, 2010) 659.

<sup>17</sup> A. Plantey. *Tratado de Derecho Diplomático* (Madrid: TRIVIUM, 1992) 341.

dades nacionales. No consiste simplemente en tratar los problemas, sino de influir sobre la solución, llevando a cabo acuerdos con un carácter lo más amplio posible, que concilien los planteamientos de los estados. La iniciación de estos procesos, facilitada por la lógica institucional y, sobre todo, por la deliberación colectiva, suele colocar a quienes se niegan a participar en ellos en una posición defensiva delicada, obligándoles a veces a justificarse, a inhibirse, e incluso a capitular. Todo esto suele llevar a la integración de las relaciones entre los estados, en un vasto “sistema de garantías multilaterales”.

En este ámbito, en adición a la clásica “diplomacia de conferencia”, hace ya algunas décadas que se ha implementado otra modalidad de ejecución de la diplomacia multilateral, que basándose en sus características se ha convenido en denominar “diplomacia parlamentaria”, por considerarse, entre otros esenciales asuntos, que evoca en su desarrollo el “cabildeo legislativo” y a determinadas maniobras de las asambleas nacionales. De ahí viene su nombre.

De igual manera, ha de requerirse el efectivo perfeccionamiento de los instrumentos actuales para mantenerlos al servicio de la mayor efectividad del Derecho internacional. Asimismo, determinados tratadistas consideran necesario reflexionar hoy sobre la composición del sistema internacional actual, y estar alerta respecto a las tendencias actuales, para identificar oportunamente cualquier riesgo de “fragmentación” que pudiera surgir por la proliferación normativa de los esquemas contemporáneos en este campo<sup>18</sup>.

Por su vigencia y extraordinario fundamento conviene recordar, finalmente, un texto que se refiere a la diplomacia y a las normas que la rigen contenidas en un fallo de la Corte Internacional de Justicia de fecha 24 de Mayo de 1980, en que se ha manifestado: “Ningún hecho puede minar las bases de ese edificio tan cuidadosamente construido por la humanidad a lo largo de siglos”. A lo que añade: “Su preservación es esencial para la seguridad y bienestar de una Comunidad Internacional tan compleja como la actual que tanto necesita del respeto escrupuloso y constante de las normas que presiden las relaciones entre sus miembros”.

---

<sup>18</sup> A. Pagliari. “Fragmentación del Derecho” in *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (Madrid: IHLADI, 2010) P. 47



# ADOPCIÓN INTERNACIONAL VICIADA Y PROTECCIÓN DEL NIÑO MEDIANTE EL DESPLIEGUE DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

María Susana NAJURIETA

**Sumario:** Introducción. A. Vicio esencial en el origen o en la finalidad de una adopción internacional. 1. Sospecha de violación de derechos al tiempo de la declaración de adoptabilidad o de la constitución de la adopción. 2. Riesgo de rechazo o de explotación en la etapa posterior a la constitución del vínculo. B. Admisión de derechos fundamentales y posibilidad de reacción. 1. La protección en los tratados internacionales. 2. Las posibilidades de reacción mediante conductas de cooperación. Reflexión final.

## Introducción

El derecho positivo de América Latina reflejó desde la década de los ochenta la concepción de la adopción como “instituto destinado a dotar de una familia a un niño que carece de ella”<sup>1</sup>. En el plano mundial, los consensos que fueron largamente meditados y discutidos desde, al menos, los años 1960 en adelante, se plasmaron en la Convención sobre los Derechos del Niño, más precisamente en el artículo 21, inciso ‘a’, que es derecho vigente para la República Argentina y goza de jerarquía constitucional<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Calvento Solari, U., *Adopción de niños en América Latina. Introducción y compilación*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1999.

<sup>2</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 21: “*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) velarán por que la adopción del niño*

Esta norma engloba garantías relevantes tales como el principio de la conservación del niño en su familia de sangre y, sólo como excepción y con carácter subsidiario, la protección por vía de una adopción; los cuidados respecto del otorgamiento del consentimiento, con libertad y esclarecimiento sobre sus consecuencias, la intervención de autoridades competentes que actúen en un marco de legalidad, con respeto a todas las garantías de procedimiento y, asimismo, la información y preparación adecuada de los aspirantes a la adopción. No obstante, la operatividad de estos principios no es completamente satisfactoria y en la práctica se advierte un desfase entre la demanda de niños por parte de aspirantes a la adopción, y la oferta de niños que han quedado huérfanos o están en situación de desamparo pues no pueden ser mantenidos y cuidados por su familia biológica.

Esa falta de convergencia puede darse en el plano puramente nacional. Sin embargo, en nuestro tiempo, en atención a la desigualdad de desarrollo entre los países, es frecuente que la única forma de adopción posible en algunos estados sea la que implique dar emplazamiento filial por adopción a un niño oriundo de un país extranjero. En estas circunstancias, los aspirantes a concretar una adopción presionan intensamente sobre las autoridades de sus países.

Este movimiento, que en su origen reconoce el espíritu solidario y bien intencionado de quienes pretenden concretar su “deseo de niño”<sup>3</sup>, puede llegar a desfigurar el carácter subsidiario de la adopción internacional frente a otras formas de colocación familiar de los niños en el país

---

*sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño, en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; ...”*

<sup>3</sup> En una sociedad altamente consumista, frecuentemente el deseo de niño se transforma en el “derecho al niño”, y conduce a conductas de explotación y aprovechamiento de mujeres y niños, es decir, de las personas más vulnerables. Godechot-Patris, Sara, “L’enfant venu d’ailleurs face à l’interdit. Perspective de droit international privé », en *Au-delà des Codes, Mélanges en l’honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, pág. 291/316.



de origen. En su versión excesiva, esta voluntad puede desviar la finalidad de un instituto concebido en bienestar de un niño que carece de familia y de cuidado familiar, para satisfacer un proyecto de adultos que se entienden con “derecho a un niño”<sup>4</sup>.

En el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Décimo sexta sesión puso el tema de la elaboración de una convención internacional en el orden del día de los trabajos de la Décimo séptima sesión. La Comisión Especial de octubre de 1988 constató un fenómeno mundial caracterizado por la migración de niños a través de grandes distancias geográficas, con problemas complejos, y apreció como una verdadera necesidad la posibilidad de enfocar esta realidad desde una mirada que abarcara tanto a los estados de origen de los niños como a los estados de recibimiento<sup>5</sup>.

Los trabajos preparatorios contaron con el apoyo de UNIDROIT, del Consejo de Europa, del Instituto Interamericano del Niño y de diversas organizaciones internacionales no gubernamentales, como Servicio Social Internacional (SSI) y Défense des Enfants International (DEI). El relevante informe de Hans van Loon de abril de 1990 dio cuenta de tres principales métodos para “obtener niños disponibles” para la adopción: la compra, la obtención del consentimiento de la familia de origen por fraude o coacción y el directo secuestro. Estas conductas ilícitas desfiguran su contorno pues muchas veces no es posible determinar si ha mediado abandono voluntario o forzado o la acción persuasiva de un intermediario inescrupuloso que asecha a madres vulnerables.

El Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, fue firmado el 29 de mayo de 1993, entró en vigor el 1° de mayo de 1995 y actualmente cuenta con 90 Estados Parte<sup>6</sup>. Es un instrumento original, que contiene elemen-

---

<sup>4</sup> Bettio N., “Le droit à l’enfant nouveau droit de l’homme?”, *Revue Droit Public* 2010, pág. 473.

<sup>5</sup> Van Loon J.H.A., « Rapport sur l’adoption d’enfants originaires de l’étranger », *Actes et Documents de la Dix-septième session, Conférence de La Haye de droit international privé*, SDU Publishers, The Hague, 1994, tome II, p. 10/119, especialmente p. 16/22.

<sup>6</sup> Estados Parte al 14 de marzo de 2013.

tos del derecho internacional de los derechos humanos, de la cooperación administrativa y judicial y del derecho internacional privado<sup>7</sup>. Sus principios son la subsidiariedad, la no discriminación y el interés superior del niño, y su finalidad puede resumirse en lo siguiente: garantizar que las adopciones tengan lugar en consideración del interés superior del niño y en el respeto de sus derechos fundamentales, y prevenir la sustracción, la venta y el tráfico de niños.

No obstante, este régimen regula sólo un tercio de las adopciones internacionales de las que se tiene noticia en los organismos especializados<sup>8</sup>. Los estados que registran mayor número de adopciones internacionales o bien no han implementado aún las garantías del sistema de La Haya (China, Ucrania, Etiopía), o bien conocen el doble sistema: las adopciones independientes y las adopciones constituidas de conformidad con el régimen del Convenio de La Haya (Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Francia, España).

Frente a este panorama, el gran desafío es evitar las situaciones que favorecen la violación de los derechos de los niños y su consideración como “objetos”, sin destruir en el mismo esfuerzo las posibilidades de que un emplazamiento filial por adopción legítimamente constituido desarrolle su función social en beneficio de un niño o niña concretos.

El punto no puede ser tratado con ligereza pues, en muchos casos, la realidad de los países hace que la colocación familiar internacional sea el único camino que se abre para asegurar el bienestar de algunos niños y para garantizar el desarrollo de su persona y el desenvolvimiento de su identidad en la faz dinámica.

Tras años de experiencia práctica en aplicación de la Convención de La Haya de 1993 sobre la adopción internacional, la Comisión Especial para la evaluación de su funcionamiento, incluyó entre sus conclusiones y recomendaciones de junio de 2010, el llamar la atención de los Estados sobre algunos de los elementos que son relevantes en el propósito de prevenir y combatir el flagelo de la venta de niños con fines de adopción. Ellos son: aplicar de manera eficaz los procedimientos y garantías previs-

---

<sup>7</sup> Guía de Buenas Prácticas N° 1. *La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008, pág. 25, n° 21.

tas en el Convenio de La Haya de 1993, extendiendo las buenas prácticas incluso en el marco de adopciones que no se realizan dentro del ámbito convencional; respetar estrictamente las exigencias relativas al consentimiento “libre” y “esclarecido”; prohibir las adopciones privadas y las llamadas “independientes”; efectuar distinciones claras entre adopciones internacionales y las donaciones y ayudas al desarrollo; formar adecuadamente a jueces, agentes administrativos y demás operadores; establecer una cooperación fluida entre autoridades competentes, tanto en el ámbito nacional como internacional<sup>9</sup>.

En ocasión de las reuniones de esa Comisión Especial se acordó la formación de un grupo de trabajo informal, coordinado por la Autoridad Central de Australia, con la participación de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, destinado a examinar formas concretas de cooperación que pudieran resultar eficaces frente a casos ilícitos. Este grupo se compuso de representantes de Estados de origen de niños, de Estados de recibimiento y de organizaciones no gubernamentales internacionales<sup>10</sup>.

En el año 2012, el citado grupo de trabajo dio a conocer un primer documento de reflexión, publicado en la página web de la Conferencia de La Haya, en el cual se establecen tres principios fundamentales que deben servir como punto de referencia para la elaboración de prácticas concretas de cooperación, a saber: 1. el principio de cooperación y de intercambio de informaciones con miras a prevenir las prácticas ilícitas; 2. el principio de prevención de todo tipo de presiones indebidas sobre los

---

<sup>8</sup> Documento preparado por Servicio Social Internacional, “Les zones grises de l’adoption internationale”, Documento N° 6, junio 2010, *Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé*.

<sup>9</sup> Conclusions et recommandations et rapport de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye de 1993 sur l’adoption internationale, Document préliminaire n° 4 de mars 2011; [www.hcch.net](http://www.hcch.net), espace «Adoption».

<sup>10</sup> Integran este grupo informal las Autoridades Centrales de Canadá, de Chile, de Dinamarca, de los Estados Unidos de Norteamérica, de los Países Bajos, de Filipinas; asimismo, representantes de Nordic Adoption Council, Terre des Hommes, Servicio Social Internacional y de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Estados de origen de los niños; y 3. el principio de cooperación con miras a remediar y a responder a casos específicos de prácticas ilícitas<sup>11</sup>.

Este trabajo procura proponer un marco de cooperación en relaciones bilaterales entre Estados no obligados por la Convención de La Haya de 1993 –como es el caso de la República Argentina-, o bien entre un Estado no obligado y otro Estado que hubiese ratificado ese importante convenio multinacional. En el ámbito propio de aplicación del Convenio de La Haya entre dos Estados Parte sobre los que pesan idénticas obligaciones de cooperación, probablemente la lucha para prevenir y sancionar el flagelo de las conductas ilícitas que acechan el instituto de la adopción internacional, pueda darse mediante la profundización de acciones de apoyo a los Estados que lo requieran, para garantizar la transparencia en los procedimientos de declaración de adaptabilidad, de obtención de los consentimientos y de razonable aceptación de los informes de “seguimiento” posteriores a la constitución de una adopción internacional<sup>12</sup>.

Presentaremos en primer lugar un panorama breve de los riesgos que atraviesan los niños en los momentos que preceden a una adopción internacional y durante la vida de ese emplazamiento, que se supone de larga duración como todo estado filial. En un segundo momento, examinaremos la protección que resulta de los instrumentos internacionales que obligan a la República Argentina y, finalmente, propondremos una cláusula de cooperación entre autoridades competentes para lograr eficacia en la reacción, una vez que se ha detectado un acto ilícito en el origen o en la finalidad de la adopción.

---

<sup>11</sup> Document de réflexion : « Coopération entre les Autorités centrales afin de développer une approche commune en vue de prévenir et de remédier aux pratiques illicites en matière d'adoption internationale ». En : [www.hcch.net](http://www.hcch.net); espace « Adoption ».

<sup>12</sup> En este sentido, las conductas propuestas en los apartados 32/40 del « Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale ». [www.hcch.net](http://www.hcch.net)., espace « Adoption ».

## **A. Vicio esencial en el origen o en la finalidad de una adopción internacional**

Todo proceso de adopción incrementa la vulnerabilidad del niño en la etapa antecedente, cuando se configuran las condiciones para esta forma subsidiaria de protección y, posteriormente, en el desarrollo de la vida filial, cuando se pone a prueba la legítima finalidad del vínculo.

### *1. Sospecha de violación de derechos al tiempo de la declaración de adoptabilidad o de la constitución de la adopción*

En el proceso que conduce a la constitución de una adopción internacional, hay tres momentos críticos donde los derechos del niño son especialmente vulnerables: a) la inscripción a su nacimiento en un registro oficial; b) el otorgamiento de los consentimientos de quienes están legitimados para expresarlos, colocando al niño en estado de adoptabilidad y c) la selección de los futuros adoptantes u adoptante.

La primera situación es un problema de derecho interno y debe resolverlo el estado de origen del niño. Lamentablemente, existen numerosos estados en Asia, África, América Central y América Latina con graves deficiencias en el registro de niños en actas oficiales del estado civil. Según UNICEF, el registro de los nacimientos en Costa de Marfil, África, uno de los principales estados de origen de bebés dados en adopción, sólo cubre el 55% de los nacimientos<sup>13</sup>. Un niño que no está identificado en un acta de nacimiento corre el riesgo de que cualquier persona, incluso ajena a su familia, lo reconozca falsamente como hijo al sólo fin de entregarlo con fines de adopción.

Precisamente, uno de los grandes abusos detectados, es hacer aparecer como niños huérfanos a los que no lo son, fenómeno que se conoce en doctrina como “child laundering”. Ello ha conducido a “cerrar” total-

---

<sup>13</sup> [www.unicef.org/french/infobycountry/cotedivoire\\_statistics.html](http://www.unicef.org/french/infobycountry/cotedivoire_statistics.html); documento de mayo de 2010 de Servicio Social Internacional, “Evaluation du système d’adoption nationale et internationale en Côte d’Ivoire ».

mente ciertos ordenamientos jurídicos a la adopción internacional, como ha sucedido con Rumania, o con Vietnam en el año 2006 respecto de todo tipo de “adopciones independientes”<sup>14</sup> o con Guatemala en el año 2005<sup>15</sup>, a raíz de escándalos que trascendieron las fronteras locales.

Vietnam se ha obligado por la Convención de La Haya de 1993 a partir del 1° de febrero de 2012 y Guatemala presentó el instrumento de adhesión a ese convenio en el año 2002. Sin embargo, la puesta en marcha y funcionamiento eficiente del sistema de adopciones internacionales requiere mucho más que una ley de aprobación, ratificación o adhesión a un tratado internacional.

Son destacables los esfuerzos de Guatemala por superar sus cuestiones constitucionales<sup>16</sup> y por revertir las deficiencias de su derecho de fondo en cuanto a la protección de la familia y de los niños en situación de desamparo. Guatemala recibió una visita del Secretario General de la Conferencia de La Haya en junio de 2005, una misión especial del Oficial de Enlace de la citada Conferencia, Dr. Ignacio Goicoechea, en 2007<sup>17</sup>, publicó en ese año un “Manual de Buenas Prácticas” y creó la estructura administrativa imprescindible para poner en funcionamiento práctico el convenio, con supervisión de los hogares y de las familias de acogimiento. Por lo demás, ha aceptado la acción de UNICEF y de destacadas organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección de niños y niñas

---

<sup>14</sup> Documento de Servicio Social Internacional, « Adoption au Vietnam. Conclusions et recommandations d'une évaluation », novembre 2009, pág. 11.

<sup>15</sup> Smolin David M., “Enlèvement, vente et traite d'enfants dans le contexte de l'adoption internationale”, Documento de information N° 1, junio 2010, *Conférence de La Haya de droit international privé*.

<sup>16</sup>La Corte constitucional de Guatemala declaró la inconstitucionalidad del Decreto 50-2002 (que había aprobado la Convención de La Haya de 1993) por decisión del 13/8/2003. Posteriormente, el 16/8/2006 dictó un auto interlocutorio por el cual limitó la decisión del 13/8/2003 al ámbito interno, pero admitiendo que la adhesión presentada en sede internacional tenía validez y comprometía a Guatemala en el plano internacional. Finalmente, por Decreto 31-2007 del 22/5/2007, el Congreso guatemalteco aprobó la Convención en el derecho interno y dispuso que entraría en vigor a partir del 31/12/2007.

<sup>17</sup> Goicoechea Ignacio, “Compte-rendu d'une mission d'information au Guatemala relative à l'adoption internationale (26 février/9 mars 2007) », [www.hcch.net, Espace « Adoption »](http://www.hcch.net/Espace).

en la región, para superar las deficiencias en cuanto a cuadros administrativos y para regular y controlar las distintas etapas del procedimiento de adopción.

Un peligro particular proviene de las ayudas para el “desarrollo de los países de origen de los niños”, que pueden convertirse en “presiones” para obtener niños disponibles para una adopción internacional, como así también de las “donaciones” de los adoptantes a los orfanatos públicos o privados que exceden en mucho una “muestra de agradecimiento que contribuye el bien de los niños”. En la mayoría de los casos, ello constituye una fuerte presión sobre estos centros –dirigidos o integrados por personas sin cualidades de idoneidad- para hallar “huérfanos” entre la población más vulnerable<sup>18</sup>.

En cuanto al consentimiento, desde la década de los sesenta existe la convicción de que la madre embarazada debe ser protegida jurídicamente, especialmente en el tiempo previo y posterior al alumbramiento y que las legislaciones nacionales deben establecer la prohibición de que la madre biológica otorgue su consentimiento en forma previa o concomitante con el parto, sino sólo posteriormente y después de cierto período de recuperación. Así, la Convención europea en materia de adopción de niños –de 1967, revisada en 2008 para adaptarla a las exigencias de la Convención sobre los Derechos del Niño- prescribe un período de seis semanas y establece este lapso como un estándar mínimo a exigir en toda adopción internacional entre Estados Parte de ese convenio.

Por lo demás, los expertos advierten la disparidad de criterios para interpretar cuando la madre –o el representante que corresponda- ha otorgado un consentimiento libre y esclarecido, con conciencia de los efectos sobre el lazo de filiación y hasta qué punto esta etapa del procedimien-

---

<sup>18</sup> En el año 2009 la Corte popular de la provincia de Nam Dinh condenó a 16 personas por haber falsificado documentos de 266 bebés vietnamitas entre los años 2005 y 2008, a fin de destinarlos a la adopción internacional (documento de SSI citado en nota 18 precedente, p. 5). En Nairobi, Kenya, un grupo de italianos obtuvo veintisiete decisiones de adopción en el curso de una única audiencia, haciéndose constar que todos eran niños “abandonados” provenientes de un mismo orfanato. Mezmur Benyan, “Les pèchés des sauveurs: la traite d’enfants dans le contexte de l’Adoption internationale en Afrique”, pág. 12/13. Documento de información n° 2, *Conférence de La Haye de droit international privé*.

to de una adopción –que tiene lugar en el Estado de origen del niño– puede ser revisada en ocasión de la “circulación del emplazamiento adoptivo”, incluso convirtiéndose en un obstáculo para el reconocimiento de la adopción en extraña jurisdicción<sup>19</sup>.

Las legislaciones más recientes, no sólo en países de América Central y de América Latina, sino también en estados africanos<sup>20</sup>, han incorporado buenas prácticas, tales como evitar los contactos directos entre la madre –o los padres de la madre– y los aspirantes a la adopción, prohibir las relaciones informales entre el niño y los futuros candidatos a adoptar antes del “*matching*” o decisión de guarda preadoptiva emanada de autoridad competente y propiciar la formación de los agentes sociales o trabajadores judiciales o administrativos que intervienen en las decisiones fundamentales relativas a la situación de adoptabilidad de un niño y a su colocación con miras a una adopción internacional.

Las figuras pueden ser múltiples: presión sobre la familia para que obligue a la madre sola y a veces menor de edad, para que entregue su hijo al nacer; compensación económica sobre la madre en situación de extrema pobreza que ha dado a luz, convencéndola de que necesita alimentar a sus otros hijos y que esa decisión es lo mejor para el recién nacido; coacción para lograr el abandono forzado del niño en un orfanato o centro equivalente, cuya autoridad dará en el futuro el consentimiento para la adopción.

En el notable “Rapport” de Hans van Loon<sup>21</sup>, en la década de los noventa, se dan los siguientes ejemplos de situaciones que disimulan el estado civil real de un niño: a) una pareja se presenta como “padres” y hace emitir una falsa acta de nacimiento constatando la filiación; b) una supuesta madre reconoce un niño como propio falsamente y a continuación firma una declaración de abandono del menor de edad con las for-

---

<sup>19</sup> Conf. párrafo 36 del “Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur.... », ya citada en nota 12 del presente trabajo.

<sup>20</sup> Mezmur Benyam, trabajo citado en la nota 18 precedente, Documento de información n° 2, *Conférence de La Haye de droit international privé*.

<sup>21</sup> Van Loon J.H.A., « Rapport sur l’adoption d’enfants originaires de l’étranger », *Actes.....*, obra citada en la nota 5 del presente trabajo, especialmente apartado E.2.f.ii (n° 79).



malidades que exige la legislación, dando comienzo a las condiciones de adaptabilidad del niño; c) un sujeto se presenta como “padre” del niño y lo reconoce como propio, desplazándolo del país a fin de que el niño sea posteriormente adoptado por la esposa del autor del reconocimiento, como “adopción de hijo extramatrimonial del cónyuge”. Estas figuras comportan la complicidad del personal del centro médico donde nace el niño y/o de funcionarios del Registro de Estado Civil, como así también, en algunas ocasiones, de escribanos o de abogados.

La selección de los candidatos a adoptar es una responsabilidad mayor pues permite detectar y descartar supuestos de desviación en la finalidad de la adopción, es decir, vínculos constituidos con el propósito real de explotar al niño. La formación previa permite encontrar aspirantes idóneos para dar afecto y cuidado al niño, ejercer la responsabilidad parental y facilitar la reconstrucción futura de la historia personal del adoptado cuando alcance la madurez suficiente.

En el sistema del Convenio de La Haya, esta formación previa es procurada por los organismos especializados en el estado de la residencia habitual de los adoptantes, si bien la decisión final sobre el “*matching*” se reserva a la autoridad especializada del estado de la residencia habitual del niño a ser adoptado, que es quien está mejor ubicada para conocer y definir sus necesidades y seleccionar los adoptantes para concretar este proyecto de adopción. En las recomendaciones de la Comisión Especial de aplicación y buenas prácticas del convenio, se insiste en la conveniencia de que los Estados Parte extiendan los principios del convenio en las relaciones con Estados de origen no vinculados convencionalmente.

Aun con todas las garantías y distribución de responsabilidades que prevé la Convención de La Haya de 1993, es sumamente delicado satisfacer en la práctica las expectativas de los aspirantes a adoptar, que se impacientan en los períodos de espera posteriores a la evaluación de su “informe de idoneidad”<sup>22</sup>.

La adopción individual o adopción independiente es siempre un riesgo, pues los adoptantes pueden no estar preparados apropiadamente y el

---

<sup>22</sup> Apartado n° 38, “Rapport de la troisième réunion de la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale ».

niño estar expuesto a situaciones de rechazo. Una gran parte de los estados que organizan con seriedad los procedimientos conducentes a una adopción internacional, se reservan la imposición de condiciones a los adoptantes domiciliados en el extranjero, entre las que figura una etapa de seguimiento posterior a la adopción, bajo la supervisión de organismos públicos de protección de los niños del país de recepción.

En tal sentido, citaremos la legislación de Ecuador, que prevé la presentación de tres informes durante el primer año posterior a la sentencia de adopción y de dos informes durante el segundo año. En Colombia, que está obligada por la Convención de La Haya desde el 1/11/98, pero que admite adopciones en casos de aspirantes con domicilio o residencia habitual en estados no obligados por dicho convenio, se exige un seguimiento post adoptivo de dos años, con cuatro informes que deben elevarse al Instituto Colombiano de Bienestar Familia, uno a los tres meses de emitida la sentencia de adopción, y los tres restantes en forma semestral<sup>23</sup>.

Los vicios que pueden detectarse en esta etapa que antecede al otorgamiento de la adopción se previenen con mejoras en las legislaciones de fondo de los Estados de origen de los niños. Ello supone una mayor efectividad en el goce de los derechos sociales y económicos fundamentales por parte de las familias de origen, a fin de retener a los niños en el seno de la familia de sangre, ya sea la familia nuclear o el grupo familiar ampliado. En segundo lugar, cuando las políticas públicas de revinculación no son exitosas, las legislaciones sustanciales deben procurar formas de protección familiar alternativas, entre ellas, la adopción nacional a través de un procedimiento que respete los derechos fundamentales de todos los protagonistas. Finalmente, en aquellos casos en que se constate que la colocación en adopción nacional no puede lograrse en un tiempo útil para

---

<sup>23</sup> Ley N° 1098 de 2006 y Lineamientos técnicos del programa de adopciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Los solicitantes que residen en el exterior deben remitir al ICBF el formulario de la solicitud, certificado de idoneidad para adoptar en el extranjero emitido por autoridad competente, acta de nacimiento de los solicitantes, certificado de antecedentes penales, certificados laborales o declaración de renta, carta de compromiso de autoridad u organismo acreditado respecto del seguimiento post adoptivo, estudio social y psicológico del cónyuge o compañero/a permanente del aspirante a adoptar y álbum familiar. Ver: [www.icbf.gov.co](http://www.icbf.gov.co).

la situación del niño, es necesario que el “proyecto de adopción internacional” se construya en torno al interés superior del niño concreto, con respeto a todos sus derechos fundamentales –su derecho a la salud, al desarrollo, al respeto de sus particularidades culturales y religiosas, etc.- y con conductas de cooperación activa entre las autoridades competentes del Estado del domicilio de los adoptantes y del Estado de origen del niño.

En este sentido, en el marco de la Convención de La Haya de 1993, el núcleo de la cooperación entre autoridades reside en las conductas regladas en el artículo 17, que organiza un doble juego de constataciones previas al “*matching*” o “*apparentement*”, exigiendo el juicio favorable de las Autoridades Centrales, tanto del estado de origen del niño como del estado de recibimiento, para avanzar en el procedimiento de adopción<sup>24</sup>.

## *2. Riesgo de rechazo o de explotación en la etapa posterior a la constitución del vínculo*

Las adopciones internacionales constituidas en un marco convencional garantizan en cierta manera la adecuada preparación de los adoptantes, en especial con relación a la diferente cultura del adoptado y a sus necesidades afectivas y psicológicas.

Si bien toda adopción comporta un desafío de adaptación recíproca, la situación es compleja y puede llevar a consecuencias aberrantes cuando los aspirantes a ser padres por adopción no han sido formados por equipos especializados o están animados por intereses egoístas. Si se han lanzado a “adopciones independientes”, sin preparación previa, sin interés en la lengua, raíces y cultura del adoptado, por la mera satisfacción de

---

<sup>24</sup> Artículo 17. *En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si: a) la Autoridad Central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo; ...c) las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción; y d) se ha constatado, de acuerdo con el art. 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.*

su deseo de maternidad/paternidad, que puede tornarse efímero y desaparecer con el tiempo ante las dificultades, la colocación puede tener consecuencias de maltrato, desamparo y sufrimiento para el niño o niña.

Incluso la Convención de La Haya de 1993, que establece un sistema de garantías y previsiones bajo la supervisión de autoridades competentes de ambos estados, ha debido incluir la regulación del supuesto de rechazo del niño por la familia de recepción, atribuyendo responsabilidades a la Autoridad Central del estado donde el niño se encuentra para tomar las medidas necesarias para su protección. Ello puede comprender, incluso, retirar el niño de las personas que “deseaban adoptarlo”.

En tal sentido, establece el artículo 21 del convenio de La Haya de 1993: *“1. Si la adopción debe tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño y la Autoridad Central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior, esta autoridad central tomará las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para: a) retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado provisional; b) en consulta con la Autoridad central del Estado de origen, asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas a su adopción o, en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero; la adopción del niño sólo podrá tener lugar si la Autoridad Central del Estado de origen ha sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos; c) como último recurso, asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés. 2. Teniendo en cuenta especialmente la edad y grado de madurez del niño, se le consultará y, en su caso, se obtendrá su consentimiento en relación a las medidas a tomar conforme al presente artículo”.*

En la etapa de seguimiento de la adopción, entran en tensión los intereses de los Estados de origen - que procuran garantías de que el niño oriundo de ese país será protegido en igualdad de condiciones que los niños nacionales del Estado de recibimiento, y ello tanto sea si el menor de edad conserva su nacionalidad de origen como así también si adquiere la nacionalidad de los adoptantes -, con los intereses de los padres por adopción, que presionan fuertemente sobre las autoridades competentes de su Estado de residencia habitual a fin de ser tratados como verdaderos progenitores del niño, con derecho a preservar su familia de injerencias indebidas que perturban la inserción del menor de edad en su nuevo ám-

bito familiar. En este sentido, la Comisión Especial de evaluación del funcionamiento práctico de la Convención de La Haya de 1993, reunida en septiembre de 2005, recomendó:

*“18. La Comisión Especial recomienda a los Estados de recepción estimular el respeto a las exigencias de los Estados de origen en materia de informes de seguimiento de una adopción. Un formulario modelo podría ser desarrollado a estos efectos. Asimismo, la Comisión Especial recomienda que los Estados de origen limiten el período durante el cual exigen los informes de seguimiento, reconociendo de esta manera la confianza mutua, que es fundamento de toda cooperación establecida en virtud de la presente Convención”*<sup>25</sup>.

Cuando la adopción ha sido otorgada y constituye un vínculo irrevocable, la situación del menor de edad puede ser aún de mayor gravedad, pues a pesar del lazo jurídico de filiación, el niño puede ser desamparado de hecho o maltratado o usado para trabajar en condiciones abusivas al servicio de quienes debieron darle vida familiar.

Por ello es importante la cooperación entre autoridades competentes que permite concretar un período de seguimiento de la vida familiar para llegar a la convicción de que la adopción persigue una finalidad legítima y, si fuera el caso, para apoyar y orientar a los padres por adopción a sobrellevar y solucionar las dificultades de adaptación que puedan presentar los niños provenientes de países extranjeros. Ciertamente, si la finalidad de la adopción es legítima, la familia merece recibir todo el acompañamiento que la protección integral de la niñez tenga previsto para mejorar los vínculos de un menor de edad en el seno de su propia familia.

Si se constata vicio en la finalidad de la adopción —y riesgo de explotación o de abuso bajo cualquiera de sus formas— el ordenamiento jurídico debe estar en condiciones de habilitar la acción de anulación de la adopción por vicio en su finalidad y en el interés superior del niño o niña.

---

<sup>25</sup> Apartado n° 18 de las Recomendaciones de la Comisión Especial, septiembre de 2005. La traducción del texto original es de la autora de este trabajo.

## B. Admisión de derechos fundamentales y posibilidad de reacción

El problema de la anulación de una adopción viciada ha tenido escaso tratamiento en el derecho internacional privado<sup>26</sup>.

Una ley moderna y minuciosa, como el Código belga de derecho internacional privado<sup>27</sup> prevé que los jueces belgas son competentes para la revocación o revisión de una adopción, si fue conferida en Bélgica o si uno de los adoptantes o el adoptado es de nacionalidad belga o si tiene su residencia habitual en Bélgica al tiempo de la interposición de la demanda (artículo 66). La “revisión” de la adopción se rige por el derecho belga. En cuanto a la “revocación”, se rige por el derecho aplicable según las normas de conflicto del sistema belga (artículos 67 a 69 del código), que designan el derecho de la nacionalidad del adoptante o adoptantes, o, en su defecto, el derecho del Estado donde tienen la residencia habitual o, en su defecto, por el derecho belga.

La situación del derecho argentino es particular pues la República Argentina no admite el otorgamiento de adopciones de niños residentes habituales en nuestro país respecto de aspirantes a adoptar residentes habituales en el extranjero<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> El art. 18 de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores establece: “Las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado Parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores”.

<sup>27</sup> Ley del 16 de julio de 2004 relativa al Código de derecho internacional privado de Bélgica, *Revue Critique de droit international privé* 2005-p.154 y ss.; comentario de Jean Yves Carlier en págs.. 11/45.

<sup>28</sup> Artículo 315, primer párrafo, Código Civil vigente. Una solución ligeramente diferente está prevista en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. El disfavor surge de la reserva presentada por la República Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño. La ley 23.849, artículo 2º dice: “La República Argentina hace reserva de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contar previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional a fin de impedir su tráfico y venta”.

Esta prohibición no obsta al interés de la problemática pues una adopción otorgada en el foro puede comportar desplazamiento del niño o niña inmediatamente después de su constitución y, por tanto, la conveniencia de un seguimiento durante un período prudente. Asimismo, una adopción otorgada en el extranjero –internacional en su origen- puede insertarse en la República Argentina, que deviene país de residencia habitual del niño o niña y de su familia y dar ocasión a conductas de cooperación de organismos nacionales a fin de satisfacer los requerimientos de seguimiento del estado de origen del adoptado.

El artículo 337 del Código Civil establece: “*Sin perjuicio de las nulidades que resulten de las disposiciones de este Código: 1º. Adolecerá de nulidad absoluta...c) la adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el mismo y/o sus padres*”<sup>29</sup>. Esta norma regula la nulidad del derecho de fondo argentino. No sólo se aplica a casos totalmente nacionales sino a casos internacionales en los que resulte aplicable el derecho argentino. La nulidad de derecho interno pretende destruir la situación jurídica no sólo en el estado al que pertenece el juez que declara la nulidad, sino también en extraña jurisdicción donde esa resolución sea reconocida, sea en el lugar de otorgamiento de la adopción en el extranjero o en terceros estados.

Por ello es importante abrir la jurisdicción del juez argentino no sólo para la acción de anulación de una adopción otorgada en nuestro país, sino también en el supuesto de adopción conferida en el extranjero, en tanto al tiempo de promover la demanda el domicilio del adoptado se encuentre en el país.

En este orden de ideas, los artículos 2635 y 2636 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que integran el Título IV relativo a las “Disposiciones de derecho internacional privado”, establecen “... Para la anulación o revocación de una adopción son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado” (jurisdicción) y “... La anulación o revocación de la adopción se rige por el

---

<sup>29</sup> Similar disposición aparece en el art. 634, inciso ‘c’, del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado<sup>30</sup> (derecho aplicable).

Si el vicio ha tenido lugar en el Estado de origen del niño en el extranjero, se supone que ha debido ser controlado por el juez de ese Estado, sobre quien pesaba asegurar las garantías del artículo 21, inciso ‘a’, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Si en ocasión de la inserción de esa adopción en nuestro país o durante el desarrollo de la vida familiar en la República, la autoridad argentina detecta el vicio esencial en el origen, corresponderá resolver en atención al interés superior del niño. Esa decisión será efectiva, pues el juez argentino tiene imperio sobre el niño o niña que se halla en su jurisdicción y es responsable de su protección integral.

Ahora bien: si las autoridades argentinas toman conocimiento de un niño oriundo de la República Argentina dado en adopción en un país extranjero a favor de adoptantes domiciliados en el extranjero, existe un fuerte interés en constatar la regularidad de ese emplazamiento. Tal vez exista una familia de origen que lo esté buscando en nuestro país, tal vez existan hermanos o parientes que han perdido contacto con él, tal vez se configure un vicio en la finalidad de la adopción –con fines de explotación– que coloque al niño o niña en situación de extrema gravedad. En estos casos, la reacción del orden público argentino debe ser enérgica y eficaz, sin soslayar la consideración del interés superior del niño en concreto.

El caso es complejo pues, desde el punto de vista de la situación del niño y de la necesidad de que recupere el goce de sus derechos, el plano de la acción penal es insuficiente y la reacción puede ser tardía o inútil.

### *1. La protección en los tratados internacionales*

La Convención sobre los Derechos del Niño dice en el art. 35: “*Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bila-*

---

<sup>30</sup> Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011 e integrada por los juristas Dr. Ricardo Luis Lorenzetti (Presidente), Dra. Elena Highton de Nolasco y Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci. Publicado por Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2012, p. 477.



*teral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.*

Un instrumento multilateral original y adelantado para su tiempo, es la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, que define como “tráfico” la “substracción, el traslado o la retención de un menor con propósitos o medios ilícitos”<sup>31</sup>. Por propósitos ilícitos se comprenden, entre otros, la prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado. Los “medios ilícitos” incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre (artículo 2°).

Este concepto tiene la amplitud suficiente para abarcar los casos ilícitos en relación tanto con el antecedente como con la finalidad de una adopción internacional.

Por lo demás, el capítulo que regula los “aspectos civiles” contiene una norma que atribuye facultades a la autoridad competente requerida de localización y restitución –artículo 14, segundo párrafo- que comprende facultades de cooperación intensa y efectiva, que no aparece en otros instrumentos multinacionales.

El texto del citado artículo 14, establece, en lo pertinente: *“La solicitud de localización y de restitución se tramitará por intermedio de las Autoridades Centrales o directamente ante las autoridades competentes previstas en el artículo 13 de esta Convención. Las autoridades requeridas acordarán los procedimientos más expeditos para hacerla efectiva. Recibida la solicitud respectiva, las autoridades requeridas dispondrán las medidas necesarias de conformidad con su derecho interno para iniciar, facilitar y coadyuvar con los procedimientos judiciales y administrativos relativos a la localización y*

---

<sup>31</sup> Convención en vigor desde el 15/8/97, cuya adhesión fue aprobada en la República Argentina por ley 25.179; en la actualidad vincula a quince Estados Parte de América Central y América del Sur.

*restitución del menor. Además, se adoptarán las medidas para proveer la inmediata restitución del menor y, de ser necesario, asegurar su cuidado, custodia o guarda provisional, conforme a las circunstancias, e impedir de modo preventivo que el menor pueda ser trasladado indebidamente a otro Estado...”(párrafos primero y segundo). “...Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las autoridades del Estado Parte donde el menor fuere retenido podrán ordenar en cualquier momento la restitución del mismo conforme al interés superior de dicho menor”(párrafo quinto de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores).*

La República Argentina no tiene experiencia sobre conductas de cooperación solicitadas o brindadas de conformidad con esta convención interamericana.

El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, fue abierto a la firma de todo Estado Parte o firmante de la citada convención en Nueva York, en mayo de 2000, y entró en vigor el 18 de enero de 2002<sup>32</sup>.

El artículo 2 de este Protocolo establece que, a los fines del tratado, “a) *Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud de la cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;...*”. Por su parte, el artículo 3, apartado 1 dice: “1. *Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2: i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de: a. explotación sexual del niño; b. transferencia con fines de lucro de órganos del niño; c. trabajo forzoso del niño; ii) Inducir indebidamente en calidad de intermediario, a alguien: a) que preste su consentimiento para la*

---

<sup>32</sup> Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. En la actualidad se han obligado 163 Estados Parte.

*adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;... ”.*

Como se advierte, la definición es más estrecha que la contenida en la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores<sup>33</sup>.

Normalmente, la conducta de adultos aspirantes a adoptar –o que han devenido los adoptantes- no se subsume en ninguna de las conductas tipificadas en los artículos 2.a y 3.1.a. del Protocolo Facultativo citado. Los adoptantes pueden haber recibido un niño cuyo origen desconocen. Incluso pueden haber percibido su propia conducta como la “salvación” de un niño frente a las limitaciones o a la pobreza de su ámbito de vida, es decir, con un espíritu filantrópico o solidario. Algunas de sus conductas pueden estar tipificadas en el ámbito penal interno –como la sustitución de identidad o la falsificación de documento público-, pero la posibilidad de reacción efectiva en el plano internacional se obstruye por carecer de la figura específica en un convenio multilateral obligatorio.

En doctrina, algunos especialistas proponen la aplicación de la figura de “explotación” en casos de abusos sobre los progenitores biológicos a fin de forzar su consentimiento a la adopción e incluso desde la óptica del niño víctima<sup>34</sup>. Esta interpretación permitiría subsumir la venta de niños con fines de adopción en la figura de la “trata de personas”, en el sentido de la definición contenida en el artículo 3, inciso ‘a’, del Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños<sup>35</sup>. Sin embargo, tal interpretación no está generalizada y parecería que la cooperación resultante del

---

<sup>33</sup> La República Argentina formuló una declaración en ocasión de la ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño –aprobado por ley 25.763- en el sentido de que considera que la definición de venta contenida en el artículo 2° debería ser más amplia, como la definición de la palabra “tráfico” en el artículo 2° de la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores.

<sup>34</sup> Smolin David M., “Chile Laundering as Exploitation: Applying Anti-Trafficking Norms to Intercountry Adoption under the coming Hague Regime” (enero 2007), en [http://works.bepress.com/david\\_smolin/6](http://works.bepress.com/david_smolin/6).

<sup>35</sup> La República Argentina aprobó la ratificación de esta Convención y de sus protocolos complementarios por ley 25.632.

Protocolo Facultativo citado debe ser completada por otros instrumentos específicos para ser de utilidad en casos de anulación de adopción viciada.

## *2. Las posibilidades de reacción mediante conductas de cooperación*

Centraré la mirada en el ordenamiento jurídico argentino.

Cuando se trata de actos ilícitos cometidos en la etapa previa al otorgamiento de una adopción pueden estar involucrados menores de edad muy pequeños, fácilmente desplazables por los adultos que los han adoptado o han recibido autorización para salir del estado de origen con destino al estado del domicilio de los futuros adoptantes, en situación especialmente vulnerable a causa de las irregularidades en el plano de las leyes de migración y de residencia.

Los supuestos pueden clasificarse en dos grupos claramente diferenciados:

a) cuando el niño o niña ha sido ingresado en territorio de la República Argentina y, en consecuencia, los jueces argentinos tienen imperio sobre el menor de edad y competencia para dictar medidas de protección. En esta figura las conductas de cooperación pueden estar inspiradas en los artículos 14 y 16 de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores<sup>36</sup>, las cuales pueden servir de modelo de comportamiento en casos ajenos al ámbito de aplicación de dicho tratado.

---

<sup>36</sup> El artículo 16 establece: “Las autoridades competentes de un Estado Parte que constaten en el territorio sometido a su jurisdicción la presencia de una víctima de tráfico internacional de menores deberán adoptar las medidas inmediatas que sean necesarias para su protección, incluso aquellas de carácter preventivo que impidan el traslado indebido del menor a otro Estado. Estas medidas serán comunicadas por medio de las Autoridades Centrales a las autoridades competentes del Estado de la anterior residencia habitual del menor. Las autoridades intervinientes adoptarán cuantas medidas sean necesarias para que los titulares de la acción de localización y restitución del menor estén informados de las medidas adoptadas”. El artículo 4 de la Convención insta a cooperación con autoridades competentes de un Estado no Parte, con fines similares.

Para mayor eficacia en la reacción cuando se detecta el vicio, en caso de domicilio del niño adoptado en Argentina, es conveniente una norma de jurisdicción de fuente interna para la acción de anulación de adopción viciada ante el juez del domicilio del adoptado, cualquiera haya sido el lugar de otorgamiento del vínculo –cuyo juez tendrá probablemente jurisdicción concurrente, como es tradicional en acciones de nulidad de vínculo adoptivo en el plano internacional-; y

b) cuando las autoridades competentes de la República toman conocimiento del acto de tráfico –fiscales, jueces, autoridades administrativas o educativas, Interpol-, y el niño oriundo de nuestro país ha sido desplazado a un país extranjero con fines de adopción o con adopción ya conferida por autoridad extranjera.

Éste es el supuesto verdaderamente complejo pues se produce disociación entre la autoridad competente argentina que tiene la prueba y la competencia para la punición penal y la autoridad competente extranjera, que tiene jurisdicción civil sobre el niño o niña y está a punto de conferir o ya ha otorgado una adopción a favor de adoptantes domiciliados/nacionales de ese estado, quienes, a su vez, pueden ser cómplices de mala fe o, simplemente, personas con indiferencia hacia la historia que precede al encuentro con el niño.

Un mecanismo útil para esta última situación –que bien puede ser utilizado en la primera- consiste en una cláusula a insertar en acuerdos bilaterales de cooperación civil, para encarar en forma rápida la restitución del niño o niña, con sustento en el principio de cooperación que aparece en el artículo 10 del Protocolo Facultativo “Venta de Niños”.

Esta norma dice lo siguiente: “*Artículo 10. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para fortalecer la cooperación internacional mediante acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales para la prevención, la detección, la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de los responsables de actos de venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía o el turismo sexual. Los Estados Parte promoverán también la cooperación internacional y la coordinación entre sus autoridades y las organizaciones no gubernamentales nacionales o internacionales, así como las organizaciones internacionales*”.

Un convenio bilateral puede reforzar el espíritu de cooperación preparado por un marco multilateral.

Lamentablemente, los ordenamientos jurídicos tienden a bloquearse en casos complejos que comprometen principios de orden público. La autoridad que tiene la prueba del delito no tiene la prueba de la verdadera identidad del niño y tampoco tiene la posibilidad de tener imperio sobre un menor de edad que se encuentra fuera de su jurisdicción nacional.

En los últimos años se han intensificado los mecanismos de cooperación para lograr soluciones efectivas en las decisiones que conciernen a los niños. Enunciaré las fuentes que inspiran mi propuesta y que están insertas en convenios vigentes o en lo que se denomina el “*soft law*” emanado de organizaciones internacionales. Ellas son, fundamentalmente: el artículo 17 de la Convención de La Haya de 1993 (que insta un sistema de doble asunción de responsabilidades para hacer avanzar el proyecto concreto de adopción); los artículos 33 y 35 de la Convención de La Haya de 1996 (que establecen sistemas de consultas, comunicaciones y la necesidad de “tomar en consideración” las conclusiones de la otra autoridad competente) y las recomendaciones sobre cooperación contenidas en la Guía de Buenas Prácticas para la ejecución de decisiones de regreso en el marco de la Convención de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños<sup>37</sup>. El apartado 8 de este documento centrado en la “ejecución de decisiones” contempla un conjunto de conductas de cooperación entre diferentes autoridades de Estados Parte en el curso de un procedimiento de restitución, para asegurar el regreso del niño sin peligro.

En el tema que nos ocupa, que es la protección del niño o niña víctima de una adopción viciada, la cooperación es posible entre los estados, puesto que la gran mayoría de ellos, consustanciados con los derechos fundamentales que impactan en todas las ramas del derecho y, en particular, por las exigencias de la Convención sobre los Derechos del Niño, ven al tráfico de niños como un grave delito y no tienden a encubrir actos de venta de niños con fines de adopción. No obstante, un buen número de Estados muestran conductas de resistencia frente a la persecución penal de sus nacionales, a quienes consideran víctimas de redes internacionales de corrupción organizada.

---

<sup>37</sup> Guide de bonnes pratiques, Convention Enlèvement d'enfants. Quatrième partie. Exécution, [www.hcch.net](http://www.hcch.net); espace « Enlèvement », págs. 36/37.

*La cláusula de cooperación sería la siguiente:*

“Los Estados Parte reconocen que deben implementar un mecanismo de cooperación que contribuya a eliminar y a prevenir la sustracción, la venta ilegal de niños y la vulneración de sus derechos en un contexto de adopción internacional. Con tal objetivo y en resguardo de los derechos del niño o niña víctima de un acto ilícito, acuerdan las siguientes obligaciones:

1. La autoridad competente del Estado de origen del niño o niña víctima de un acto ilícito, que ha sido localizado en otro Estado Parte, solicitará a la autoridad competente de este último Estado, con intervención del Ministerio Público y de la Autoridad Central para la cooperación jurisdiccional:
  - a. Que se dispongan las medidas de protección que sean adecuadas a las circunstancias, garantizando en todo tiempo los derechos fundamentales del niño o niña;
  - b. Que se lleven a cabo los exámenes de ADN y similares que permitan constatar la verdadera identidad del menor de edad. El requerimiento de la autoridad competente del Estado de origen del niño o niña se sustentará en las verificaciones de hecho y en las razones de derecho que prueben la comisión del acto ilícito del que ha sido víctima el menor de edad y/o su familia, y se acompañará informe documentado sobre su situación en relación a la familia de origen y al ámbito social del que fue desarraigado por la conducta ilícita. La autoridad competente del Estado requerido dará plena fe a las constataciones de hecho y a las conclusiones de derecho de la autoridad requirente y dará curso a las medidas de prueba solicitadas. Asimismo, tomará las medidas provisionales de protección del menor de edad que sean necesarias en el caso, de conformidad con su legislación nacional.
2. Una vez constatada la identidad del niño/a, la autoridad competente del Estado donde éste/a se encuentre, con intervención del Ministerio Público y de la Autoridad Central para la cooperación jurisdiccional:
  - a. Promoverá o hará promover las acciones civiles y penales que correspondan según su propio ordenamiento; el trámite pendiente de un proceso de anulación de adopción no será obstáculo a la decisión de restitución del niño/a;

- b. Implementará el procedimiento que conozca su sistema para tener audición del niño/a si correspondiera por su edad y madurez, y resguardar el derecho de defensa de todas las personas involucradas, con participación de la autoridad requirente a través de los medios tecnológicos de que se disponga;
- c. Tras la consulta e intercambio de conclusiones con la autoridad requirente, ordenará el regreso seguro del niño o niña al Estado de su residencia habitual anterior al hecho ilícito, teniendo en consideración el interés superior del menor de edad. Si la petición de la autoridad requirente fuese formulada dentro del año contado a partir de la comisión de la conducta ilícita, se presume –salvo prueba en contrario– que la restitución del niño o niña es la solución más conforme a su mejor interés.
- d. En el supuesto de que, excepcionalmente, la autoridad competente del Estado donde el menor de edad se encuentre decida la no restitución por razones fundadas en el interés superior del niño/a, estará obligada a concertar con la autoridad requirente las medidas de seguimiento e información en relación al bienestar del niño/a. En todo caso, procederá a la conservación de la información relativa a la familia de origen del niño/a a fin de garantizar el ejercicio del derecho a acceder al conocimiento de su historia personal, cuando el niño/a alcance la edad y madurez suficiente.

## **Reflexión final**

La venta de niños con fines de adopción es enfocada en los grandes tratados multilaterales sobre adopción internacional y trata de personas con referencia al principio de cooperación y a la necesidad de punición, pero sin llegar a instaurar un mecanismo eficaz que restaure el derecho a la identidad del niño víctima.

Este mecanismo es indispensable por la violación de los derechos fundamentales de los niños que se percibe en un mundo intensamente comunicado, movilizad, consumista, mercantilizado, con desequilibrios en la distribución de la riqueza. En tanto no se implementen políticas efi-



caces y muy activas para apoyar el desarrollo de los niños en las respectivas familias de origen y para sustentar a las madres en situación de desamparo, existirá en el plano mundial un sombrío mercado de niños en forzada disponibilidad para la adopción, que conducirá a emplazamientos adoptivos viciados y nulos.

La República Argentina despliega una clara política pública que prohíbe la constitución de adopciones en nuestro país de niños residentes habituales en la Argentina respecto de aspirantes a adoptar residentes habituales en el extranjero. No obstante, la problemática no es ajena a nuestra realidad. Nuestros niños pueden ser víctimas de actos ilícitos cometidos contra ellos o contra sus madres o parientes cercanos, pueden ser trasladados con engaño o coacción, pueden sufrir sustitución de identidad por deficiencias en el registro de los nacimientos y por falta de suficiente educación en la población, que provoca situaciones en las cuales la mayor vulnerabilidad es aprovechada por personas u organizaciones sin escrúpulos. Por otro lado, niños extranjeros, oriundos de países extranjeros, pueden ser adoptados regularmente en el país de origen por personas domiciliadas en la República Argentina y merecen insertarse en nuestro país y gozar del estado familiar legítimamente constituido. Sin perjuicio de ello, merecen la implementación de un mecanismo que facilite el seguimiento post adoptivo en el lugar de establecimiento de la familia, por un lapso de tiempo prudente, a fin de garantizar la finalidad de la adopción y el resguardo del interés superior del menor de edad.

Cuando el funcionamiento correcto de las instituciones, de las organizaciones no gubernamentales y de diversos agentes públicos y privados haya permitido detectar el caso de un niño o niña concreto que ha sido desplazado ilícitamente de nuestro país y ha sido adoptado –o corre el riesgo de ser adoptado– en un país extranjero, al amparo de una situación de adoptabilidad aparentemente legítima, entonces es necesario que el ordenamiento jurídico argentino cuente con instrumentos idóneos para identificar al niño o niña, protegerlo y asegurar su restitución a su país y a su entorno familiar de origen, por ser esta solución la que mejor responde a la preservación de sus derechos fundamentales y, por ende, a su interés superior.

La implementación de estos procedimientos debe suceder con rapidez para evitar un mayor daño para el menor de edad. Habida cuenta que las conductas a desplegar comprometen las facultades jurisdiccionales de los Estados involucrados y sus principios de orden público, es necesario

preparar una trama de cooperación internacional que genere el ámbito de confianza recíproca con anterioridad a la presentación del conflicto. La cláusula de cooperación internacional civil que se presenta en este trabajo procura dar un paso en este sentido. Puede ser negociada en relaciones bilaterales o acordarse en un ámbito multilateral, como protocolo facultativo a una convención ya vigente.

La cooperación no debe concebirse en términos de soberanía –en el sentido de la antigua noción del derecho internacional privado concebido como reparto de competencias legislativas-, sino en términos de responsabilidades compartidas<sup>38</sup>, en el convencimiento de que el avasallamiento de los derechos fundamentales de los niños constituye una afrenta para la humanidad.

---

<sup>38</sup> En ocasión del seminario de expertos y jueces de diversos países de habla francesa, organizado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en torno a la aplicación de la Convención de La Haya de 1993 (que tuvo lugar en junio de 2009), se llegó por unanimidad a la siguiente conclusión: *“Les participants acceptent et soutiennent le principe de coresponsabilité, c’est-à-dire la reconnaissance du fait que les États d’accueil et les États d’origine doivent partager les responsabilités pour développer des garanties et des procédures protégeant l’intérêt supérieur de l’enfant”*. Séminaire francophone sur la Convention Adoption internationale. La Haye 22-26 juin 2009. [www.hcch.net](http://www.hcch.net); espace « Adoption ».

# LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO JURA NOVIT CURIA POR LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Rafael NIETO NAVIA\*

## Resumen:

Este artículo analiza la aplicación el principio *jura novit curia* por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. El principio, diseñado para ayudar al juez en la aplicación de la justicia y en la defensa de las partes, ha sido convertido por los órganos del sistema en una ampliación de sus poderes más allá de lo que los Estados convinieron al ratificar la Convención.

## Summary

The principle *jura novit curia* is a very useful tool for the judges and, in a certain way, for the litigators, for reaching the main purpose of the judicial procedures which is “justice”, as such. It means that if the litigator wrongly argues a procedural rule, the judge can direct the procedure under the correct rule. It does not give the judge powers of amending the application or add charges to the original petition affecting the right of defense.

The article analyses the application of the principles by the organs of the Inter-American system of human rights, the Commission and the Court. It concludes that the organs misunderstand and misapply the principle and by this way amplify their powers prejudicing the States.

---

\* El autor agradece la ayuda de Cielo Alemán, Alejandro Barragán y María Fernanda Jaramillo, de Ideamérica, en la investigación previa a la redacción de este artículo, cuya responsabilidad es únicamente de su autor.

## Introducción

### El principio *Jura novit curia*

El proceso de responsabilidad por violación de derechos humanos no es un proceso penal, ciertamente, aun cuando se le asemeje.<sup>1</sup> En el sistema interamericano la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) formula unos cargos,<sup>2</sup> que son los que el Estado responde y esos deben ser los que son resueltos en la sentencia. Sin embargo, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Corte”) lo que se dice en la demanda es una cosa, lo que se añade por los “representantes” en el curso del proceso otra y lo que la Corte, en uso del principio *iura novit curia*, decide añadir *motu proprio*, una tercera. En el *Caso de la masacre de Mapiripán* acude a “su” jurisprudencia para sustentar el uso del principio:

[...] Asimismo, en lo que atañe a la incorporación de otros derechos distintos a los ya comprendidos en la demanda de la Comisión, esta Corte ha establecido que los peticionarios pueden invocar tales derechos. Son ellos los titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, y no admitirlo sería una restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Se entiende que lo anterior, relativo a otros derechos, se atiene a los hechos ya contenidos en la demanda.*

[...] Igualmente, este Tribunal tiene la facultad de analizar la posible violación de artículos de la Convención no incluidos en los escritos de demanda y contestación de la demanda, así como en el escrito de solicitudes y argumentos de los represen-

---

<sup>1</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989 (*Fondo*), Serie C No. 5, pág. 140.

<sup>2</sup> Según el Reglamento de la Corte (noviembre 2009), “las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas” (art. 25.1). Si eso se ajusta o no a la Convención no es objeto de este artículo.

tantes, con base en el principio *iura novit curia*, sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional, “en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente”, *en el entendido de que se le dará siempre a las partes la posibilidad de presentar los argumentos y pruebas que estimen pertinentes para apoyar su posición frente a todas las disposiciones jurídicas que se examinan*.<sup>3</sup> (Itálicas añadidas)

De manera que al desequilibrio procesal que se genera con la necesidad de atender dos “demandas”, la de la Comisión y la de los “representantes”, se añade la de las facultades omnímodas de la Corte.

En su voto disidente en el caso *Genie Lacayo*, con el objeto de sostener que la Corte tenía capacidad de aceptar un recurso de *revisión* de sentencia y no solamente de *interpretación*, como lo dice el artículo 67 de la Convención, el juez A.A. Cançado Trindade dijo:

La Corte debe así decidir no tanto por analogía con el derecho internacional general (reflejado en [el artículo 61.1] el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)<sup>4</sup> como pretende la parte demandante en este caso *Genie Lacayo* sino más bien con base —en aplicación del principio *iura novit curia*— en principios generales del derecho procesal, y haciendo uso de los *poderes inherentes* a su función judicial.<sup>5</sup> (Itálicas del original)

---

<sup>3</sup> Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, Excepciones preliminares y Reconocimiento de Responsabilidad, Sentencia de 7 de marzo de 2005, párr. 57. Cfr. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 124 a 126; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 178; *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 142; *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 134; *Caso Myrna Mack Chang*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 128; y *Caso “Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 153 (Nota del original). Las itálicas son añadidas.

<sup>4</sup> Que se refiere, como es bien sabido, a la aparición de un “hecho nuevo”.

<sup>5</sup> *Caso Genie Lacayo*, Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997, Corte I.D.H. (Ser. C) No. 45 (1998), Párr. 7.

El principio *jura novit curia*, sin embargo, es un principio procesal que da a los jueces facultades de traer normas de interpretación, normas procesales y principios que un demandante o un demandado hubieran podido olvidar y que el juzgador, porque los conoce, los aplica con el objeto de que, por falta de hacerlo, pudiera hacerse una errónea decisión o, si se quiere, una denegación de justicia. *Jura* es el plural de *jus* que hay que traducir en este caso como “ley” y no como “derecho subjetivo”, algo así como “el Derecho” y no “el derecho”. *Da mihi factum, dabo tibi jus*, “dame los hechos y yo dispensaré el derecho”, aplicable sobre todo en los casos en que el juez tiene que llenar una laguna. No quiere decir “el juez reconoce los derechos”. Podría enunciarse *curia novit legem* sin cambiar un ápice su significado. Es un principio que permite al juez, por ejemplo, considerar que una causa ha debido introducirse bajo una regla que no fue o fue mal citada por el demandante, pero no lo autoriza para enmendarle a éste la demanda y aplicar un derecho sustantivo nuevo, ni para fallar en equidad y no en derecho, desconociendo la diferencia entre uno y otro. Cuando el principio se aplica al derecho sustantivo, el juez atenta contra *la justicia misma* y contra el derecho del demandado de defenderse, y excede su jurisdicción. Más aún cuando lo hace en la sentencia de fondo. Un juez puede superar, por aplicación de este principio, las omisiones o deficiencias de los argumentos legales de las partes y aplicar la regla que considere correcta. Pero entender el principio como “el juez reconoce los derechos”<sup>6</sup> lleva sus poderes más allá de la ley con lo cual efectivamente se sitúa más allá de ella.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> “La jurisprudencia en cuanto a la determinación de presuntas víctimas en casos ante esta Corte ha sido *amplia*, utilizando criterios aplicables a las circunstancias del caso. Las presuntas víctimas deben estar señaladas en la demanda y en el informe de la Comisión según el artículo 50 de la Convención,” como lo reconoce la propia Corte. “Sin embargo, —según ella misma— [...] en algunas ocasiones [...] la Corte ha considerado como presuntas víctimas a personas que no fueron alegadas como tal en la demanda.” (CORTEIDH., *Caso de las Masacres de Ituango*, párr. 91. Itálicas añadidas). Es decir, la Corte puede a través de una jurisprudencia “amplia” debido a “las particularidades de cada caso”, cambiar la Convención, pretender obligar a los Estados a algo que no aceptaron desde el principio y, peor aún, condenarlos en decisión inapelable por violación de las “nuevas” normas creadas por la Corte.

<sup>7</sup> V. Douglas Brooker, *Va Savoir! - The Adage «Jura Novit Curia» In Contemporary France*, Expresso Preprint Series. Working Paper 845, disponible en <http://law.bepress.com/expresso/eps/845>

La Corte Constitucional colombiana definió apropiadamente el principio de la siguiente manera:

“El principio *iura novit curia*, es aquel por el cual, (*sic*) corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen.

Este principio, (*sic*) sólo alcanza a la aplicación del derecho correspondiente a determinada situación fáctica, lo cual no habilita a los jueces a efectuar interpretaciones más allá de lo probado por las partes, pues debe tenerse en cuenta que también deben respetar el principio de congruencia, es decir, no existe facultad alguna a la que pueda recurrir el juez para variar los términos y el objeto de un proceso constitucional.”<sup>8</sup>

Debe existir una congruencia<sup>9</sup> entre la aplicación del derecho por el juez y lo solicitado y conocido por las partes en el proceso, porque allí radica la confianza de las partes que esperan que su juez sea imparcial, siendo el respeto del derecho de defensa una de las garantías del proceso. Imparcial (la palabra deriva de “parte”) significa que el juez no es parte en el proceso. Para Alfredo Alvarado Velloso la imparcialidad tiene tres aspectos, a saber: la *imparcialidad*<sup>10</sup> (el juez no ha de ser parte), la *imparcialidad* (el juez debe carecer de todo interés subjetivo en la solu-

---

<sup>8</sup> Sentencia T.851/10, 28 de octubre de 2010.

<sup>9</sup> Que impide que el juez considere hechos que no hayan sido controvertidos durante el proceso.

<sup>10</sup> Entiendo que el término fue acuñado por el profesor argentino Werner Goldschmidt, *La imparcialidad como principio básico del proceso* (“*parcialidad*” y “*parcialidad*”), discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, publicado en “*Conducta y Norma*”, Librería Jurídica, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1955, p. 133 y ss. Tomo la referencia de Andrea A. Meroi, *Iura novit curia y decisión imparcial*, Revista Ius Et Praxis - Año 13 – No. 2, p. 386.

ción del litigio) y la *independencia* (el juez debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes).<sup>11</sup> Esto no es sino la sistematización de lo que ya había enunciado en su famosa obrilla, el *Elogio de los Jueces*, Piero Calamandrei. Dice Calamandrei que, para el juez, “sentencia y verdad deben en definitiva coincidir; [porque] si la sentencia no se adapta a la verdad [ésta quedará reducida] a la medida de su sentencia”. Y agrega el autor del “*Elogio de los jueces*”: Difícil es para el juez hallar el justo punto de equilibrio entre el espíritu de independencia respecto de los demás y el espíritu de humildad ante sí mismo; ser digno sin llegar a ser orgulloso, y al mismo tiempo humilde y no servil; estimarse tanto a sí mismo como para saber defender su opinión contra la autoridad de los poderosos o contra las insidias dialécticas de los profesionales, y al mismo tiempo tener tal conciencia de la humana falibilidad que esté siempre dispuesto a ponderar atentamente las opiniones ajenas hasta el punto de reconocer abiertamente el propio error, sin preguntarse si ello puede aparecer como una disminución de su prestigio. Para el juez, la verdad ha de significar más que la prepotencia de los demás, pero más también que su amor propio”. El juez tiene que separarse de “sus propias opiniones políticas, su fe religiosa, su condición económica, su clase social, sus tradiciones regionales o familiares y hasta sus prejuicios y fobias». Los jueces poseen un “poder mortífero —al decir de Calamandrei— que, mal empleado, puede convertir en justa la injusticia, obligar a la majestad de las leyes a hacerse paladín de la sinrazón e imprimir indeleblemente sobre la cándida inocencia el estigma sangriento que la confundirá para siempre con el delito”. Para el juez es difícil administrar justicia y, sobre todo, no dejar dejarse llevar por inclinaciones personales o cantos de sirena.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, t. 1, p. 261. Meroi, *ibid.*

<sup>12</sup> Ver Rafael Nieto Navia, Prólogo a General Clavijo Adolfo *et al.*, *Bajo el Fuego de las Presiones*, Cuerpo de Generales y Almirantes en retiro de las Fuerzas Militares y Acore (eds.), Bogotá, 2006. Calamandrei, Piero, *Elogio de los Jueces escrito por un abogado*, Madrid, 1936.



### *Los derechos humanos*

Cuando hablamos de derechos humanos hablamos de la dignidad de las personas. Hablamos del fundamento de la justicia y de la paz.

Podemos preguntarnos si este tópico de los derechos humanos no será manía de los últimos cincuenta años o, extendiendo un poco los conceptos, de los últimos doscientos si empezamos a contar desde la Revolución francesa. O si se trata, como se ha sugerido muchas veces, de temas izquierdizantes que deben pasar de moda en la misma medida en que lo hizo el comunismo.

Hay que responder, por supuesto, que el hombre es anterior al Estado, que nace libre por naturaleza, que sus derechos son connaturales y que por eso el Estado no los crea sino que tiene que reconocerlos y que no hacerlo conduce a la arbitrariedad y al totalitarismo, que no son sino el resultado de quitar al hombre su libre arbitrio y pretender absorber la totalidad sin dejar espacio para el ser humano.

La defensa de los derechos humanos es, por consiguiente, una labor noble. Pero, como todo, sujeta a la justicia. Dicho de otro modo, en la búsqueda del noble propósito de defender los derechos humanos no nos podemos olvidar de lo fundamental que ella es. No solamente la administrada por el Estado sino la que maneja el sistema internacional, sujeto también al debido proceso y, además, a los límites que le pusieron los Estados cuando le confiaron *voluntariamente* un poder superior sobre ellos mismos. Los tribunales internacionales en general y los de derechos humanos en particular deciden en única y definitiva instancia, lo que los obliga a ser mucho más cuidadosos.<sup>13</sup>

### **La CIDH**

Ahora bien: el principio se aplica a los jueces y no a los órganos parajudiciales que actúan en el proceso: fiscales, procuradores etc. En el

---

<sup>13</sup> “*Res iudicata facit de albo nigrum et de quadrato rotundum*” (‘la cosa juzgada hace de lo blanco negro y de lo cuadrado redondo’), cita Calamandrei.

caso del sistema interamericano de derechos humanos, la CIDH es un órgano parajudicial al cual la jurisprudencia general sobre el proceso no le da la posibilidad de aplicar el principio. Pero lo ha hecho. Lo cual es muy grave porque el principio se basa en el conocimiento del derecho que los jueces –especialistas en derecho- tienen. Pero la CIDH no está conformada por abogados<sup>14</sup> sino por expertos en derechos humanos que bien pueden ser o no abogados. Y el sistema no le permite *administrar* justicia que es a lo que se refiere el principio.<sup>15</sup>

En el Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador la CIDH indicó que “de conformidad con el principio general de la legislación internacional *iura novit curia*, los *organismos internacionales* tienen el poder, e incluso el deber, de aplicar todas las disposiciones jurídicas pertinentes, incluso aunque no hayan sido invocadas por las partes [...]”.<sup>16</sup> Según ella mis-

---

<sup>14</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su *artículo 34* dice:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Por su parte el Estatuto de la CIDH señala la razón de ser del ente:

*Artículo 1.1* La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

<sup>15</sup> Al menos en un caso la CIDH lo ha citado mal:

“67. Asimismo la Comisión Interamericana consideró que la actuación estatal en cuanto a la falta de diligencia respecto del recurso de hábeas corpus (artículo 28 de la Constitución vigente en ese momento) que conllevó a su ineffectividad, así la delegación al alcalde de una facultad jurisdiccional que constituye una incompatibilidad *per se* entre la normativa ecuatoriana aplicada al presente caso y la Convención Americana, generaron una violación al derecho de las víctimas a acceder a un recurso sencillo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales en los términos de los artículos 25 de la Convención americana en relación con el artículo 1(1) y 2 del mencionado instrumento, éste último de conformidad con el principio *iura novit curiae*.”(sic). Corte IDH, *Caso Palma Mendoza y Otros Vs. Ecuador, Sentencia de 3 Septiembre de 2012, Excepción Preliminar y Fondo*, Serie C No. 247, pág. 67, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_247\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_247_esp1.pdf)

<sup>16</sup> Corte IDH, *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*, Sentencia de 5 de julio de 2011, Serie C No. 228, (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), pág. 21. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_228\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_228_esp.pdf) . Itálicas añadidas.

ma, la CIDH, como organismo internacional tiene el poder de aplicar el principio.

El Caso Santo Domingo es paradigmático. En el Informe —que equivale a demanda— enviado a la Corte la CIDH dijo:

“3. Tras analizar los fundamentos de hecho y de derecho presentados por las partes, la Comisión concluyó que el Estado es responsable por la violación de los artículos 4(1), 5(1), 8(1), 19, 21 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en aplicación del principio *iura novit curia* el artículo 22 de la Convención Americana, así como por haber incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1(1) de dicho Tratado, en perjuicio de 17 personas que perecieron, 27 personas que resultaron heridas y los miembros de sus familias. Además, declaró que no cuenta con elementos de juicio suficientes que permitan establecer la violación a la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención.

[...]

“En consecuencia, la CIDH solicita a la Corte que concluya y declare que el Estado de Colombia incurrió en responsabilidad internacional por: [...] 6. La violación del derecho de circulación y residencia consagrado en el *artículo 22(1) de la Convención Americana* en conexión con el artículo 1(1) del mismo Tratado en perjuicio de las personas que se desplazaron de la vereda de Santo Domingo.”<sup>17</sup>

Sin hacer la menor referencia al hecho de que la violación del artículo 22 fue invocada por la CIDH con base en el principio *jura novit curia* y como si fuera lo más natural del mundo, la Corte concluye que “268. El Estado es responsable de la violación del artículo 22.1 de la Convención, en relación con los artículos 5.1 y 1.1 de la misma [...]” y declara que “350.2.5. El Estado es responsable por la violación del derecho de circulación y residencia, reconocido en el artículo 22 de la Convención Ameri-

---

<sup>17</sup> CIDH, *Informe n° 31/115, Caso 12.416, Fondo, Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, 24 de marzo de 2011, disponible en <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.416ESP.pdf>. Itálicas añadidas.

cana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 5.1 de la misma, en perjuicio de las personas que sufrieron desplazamiento por los hechos del caso, de conformidad con lo establecido en los párrafos 255 a 268 de la misma.”<sup>18</sup>

Hay que reconocer, sin embargo, que en este caso específico, el Estado tuvo oportunidad en su contestación a la demanda y durante la audiencia, de exponer argumentos, que luego la Corte desechó, en contra de este cargo.

## La Corte IDH

La Convención establece en su artículo 1 las obligaciones fundamentales de los Estados:

### Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En uno de sus primeros casos, la Corte comentó este artículo de la siguiente manera:

“173. El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menosc-

---

<sup>18</sup> Corte IDH, *Caso masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, (*Excepciones preliminares, fondo y reparaciones*), Serie C, No. 259. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_259\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf)

bo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

“174. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de ‘respetar los derechos y libertades’ reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión:

... la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en la que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (**La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21).

“175. La segunda obligación de los Estados Partes es la de «garantizar» el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la

reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”<sup>19</sup>

La primera aplicación del principio *jura novit curia* se dio, precisamente, en este caso. Vale la pena leer el párrafo respectivo que contiene exactamente lo que se ha explicado atrás en este artículo:

“172. La Comisión no señaló de manera expresa la violación del artículo 1.1 de la Convención, pero ello no impide que sea aplicado por esta Corte, debido a que dicho precepto constituye el fundamento genérico de la protección de los derechos reconocidos por la Convención y porque sería aplicable, de todos modos, en virtud un principio general de Derecho, como es el de **iura novit curia**, del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente («**Lotus**», Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A No. 10, pág. 31 y Eur. Court H.R., **Handyside Case**, Judgment of 7 December 1976, Series A No. 24, párr. 41).”<sup>20</sup>

Este párrafo tiene dos partes: una se refiere a que una norma “constituye el fundamento genérico de la protección general de los derechos humanos reconocidos por la Convención” y, segunda, *por esa razón* el juzgador puede, en este caso, aplicar el principio *jura novit curia*. Dicho de otro modo, el principio no puede aplicarse en el aire ni es una autorización general para el juzgador para que cuanta norma se le ocurra sea aplicada sin más en virtud de él.

La parte relevante del caso del vapor *Lotus* dice así:

---

<sup>19</sup> Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989, (Fondo), Serie C No. 5, párs. 173-175. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_05\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf). La nota inserta es del original.

<sup>20</sup> *Id.*, párr. 172. Las negrillas y la nota inserta son del original. Véase también Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), Serie C No. 4, párs 163-166. Disponible en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/.../seriec\\_04\\_esp.do](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/.../seriec_04_esp.do).

“The Court, having arrived at the conclusion that the arguments advanced by the French Government either are irrelevant to the issue or do not establish the existence of a principle of international law precluding Turkey from instituting the prosecution which was in fact brought against Lieutenant Demons, observes *that in the fulfilment of its task of itself ascertaining what the international law is, it has not confined itself to a consideration of the arguments put forward, but has included in its researches all precedents, teachings and facts to which it had access and which might possibly have revealed the existence of one of the principles of international law contemplated in the special agreement.* The result of these researches has not been to establish the existence of any such principle.” (Itálicas añadidas)

La parte relevante del caso *Handyside* dice:

“In reply to a question from the Court, the delegates of the Commission specified that the allegations not retained on 4 April 1974 (Articles 1, 7, 9, 13 and 14 of the Convention) (art. 1, art. 7, art. 9, art. 13, art. 14) related to the same facts as did those based on Article 10 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 (art. 10, P1-1). *They were accordingly not separate complaints but mere legal submissions or arguments* that had been put forward along with others. However, the provisions of the Convention and of the Protocol form a whole; *once a case is duly referred to it, the Court may take cognisance of every question of law arising in the course of the proceedings and concerning facts submitted to its examination by a Contracting State or by the Commission. Master of the characterisation to be given in law to these facts, the Court is empowered to examine them, if it deems it necessary and if need be ex officio, in the light of the Convention and the Protocol as a whole [...].*” (Itálicas añadidas)

Hay que anotar que en ninguno de los casos se menciona el principio por su nombre. Y en ambos se trata de hechos o argumentos ya conocidos en el proceso. Es decir, afirmar que el juez todo lo sabe y todo lo puede es solamente parcialmente cierto. Si lo sabe todo, pero no lo puede todo.

Pero la Corte lo ha entendido así: el juzgador puede aplicar cuanta norma, substantiva o procedimental, se le ocurra y en cualquier etapa del proceso sin más en virtud de principio. De ahí que cada aplicación se apoye en la “autoridad” jurisprudencial de los casos contra Honduras.

Guatemala aceptó la competencia de la Corte el 9 de marzo de 1987 ‘con la reserva de que los casos en que se reconoce la competencia son exclusivamente los acaecidos con posterioridad a la fecha en que esta declaración sea presentada al Secretario de la Organización de los Estados Americanos’”. Ante una demanda de la CIDH por la desaparición forzada del señor Blake ocurrida en marzo de 1985, fecha anterior a la aceptación, Guatemala presentó una excepción de falta de competencia *ratione temporis*. La CIDH sostuvo que la excepción no era aplicable por tratarse de un “delito continuado”.<sup>21</sup> La Corte aceptó “parcialmente” la excepción.<sup>22</sup> En un escrito “complementario” la CIDH incluyó la violación del artículo 5 de la Convención y el Estado sostuvo que el asunto ya había sido resuelto en el punto resolutive no. 1 de la decisión sobre excepciones preliminares<sup>23</sup> y no dio respuesta a los argumentos.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Corte IDH, *Caso Blake vs. Guatemala*, Sentencia de 2 de julio de 1996, (*Excepciones Preliminares*), serie C No. 27, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_27\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_27_esp.pdf), párs. 23-24.

<sup>22</sup> “No existe ningún texto convencional actualmente en vigor sobre la figura de la desaparición forzada de personas, aplicable a los Estados Partes en la Convención. Sin embargo se deben tomar en consideración los textos de dos instrumentos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 18 de diciembre de 1992 [art. 17.1], así como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 9 de junio de 1994 [...] a pesar de que esta última todavía no está en vigor para Guatemala” (*Id.*, parr. 36) y, agregamos nosotros, las “declaraciones” de la Asamblea General de la ONU no son de obligatorio cumplimiento y, mucho menos, aplicables por un tribunal internacional, a menos que se hayan convertido en derecho consuetudinario, que no es el caso.

<sup>23</sup> La Corte se declaró incompetente para decidir sobre la presunta responsabilidad de Guatemala respecto a la detención y la muerte del señor Nicholas Chapman Blake. *Id.*, pár. resolutive 1.

<sup>24</sup> Corte IDH, *Caso Blake vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de enero de 1998, (*Fondo*) serie C, no. 36, pár. 36. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_36\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf).



La Corte, al dar curso a la solicitud de la CIDH dijo:

“112. La Corte estima que el hecho de que la alegación de la violación del artículo 5 de la Convención no fue incluida en el escrito de la demanda de la Comisión, sino tan sólo en su alegato final, no impide a este Tribunal analizar, de conformidad con el principio *jura novit curia*, dicha alegación en el fondo de este caso.”

Y agregó:

“116. Por lo tanto, la Corte estima que tal sufrimiento, en detrimento de la integridad psíquica y moral de los familiares del señor Nicholas Blake, constituye una violación, por parte del Estado, del artículo 5 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma”.

Debe notarse que no hay nota de pie de página que remita a los casos de Honduras. Pero frecuentemente la Corte usa el caso Blake para justificar el uso del principio para aplicar derecho sustantivo no alegado en la demanda.<sup>25</sup>

En el Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, la Corte dijo:

“107. La Corte estima que a pesar de que la violación del artículo 4.2 de la Convención no fue alegada específicamente por la Comisión en sus demandas [...] sino únicamente en sus alegatos finales [...], esto no impide que sea examinada por el Tribunal, en razón del principio general de derecho *iura novit curia*, ‘del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional [entendiéndolo] en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente.’”<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Por ejemplo, Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), Serie C No. 52, pág. 166. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf)

<sup>26</sup> Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), pág. 107. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_94\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf). En este caso, la referencia se hace en la nota de pie de página al pág. 172 del Caso Godínez Cruz.

En el Caso Durán y Ugarte la Corte hizo el mismo raciocinio.<sup>27</sup> De esta manera se ha “consolidado” la jurisprudencia de la Corte para aceptar que las violaciones a la Convención que la CIDH añade *motu proprio* a la demanda, la Corte las considera en el fondo de la decisión. Ninguna jurisprudencia internacional, distinta de la de la propia Corte, ha sido añadida al caso Lotus y al Handyside para justificar la “reiterada jurisprudencia internacional” tal como la Corte la entiende.<sup>28</sup>

En el Caso Vera Vera y otra contra Ecuador, la Corte dijo:

“100. El Tribunal tiene competencia, a la luz de la Convención Americana y con base en el principio *iura novit curia*, el cual se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional, para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella, en la inteligencia de que las partes hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan

---

<sup>27</sup> Solamente que lo fundamentó en el Caso Blake, pár. 112, el Caso Godínez Cruz, pár. 172, y el Caso Velásquez Rodríguez, pár. 163.

<sup>28</sup> Ver, entre otros, Corte IDH, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, Sentencia de 24 de junio de 2005, (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Serie C No. 129 disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/seriec\\_129\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/seriec_129_esp.pdf); *Caso de las Niñas Yean y Bosico, vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf); *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_esp.pdf); *Caso Bayarri vs. Argentina*, Sentencia de 30 de octubre de 2008, (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*) Serie C No. 187, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf); *Caso Garibaldi vs. Brasil*, Sentencia de 23 de Septiembre de 2009, (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Serie C No. 203, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_203\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_esp.pdf); *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, Sentencia de 20 de Noviembre de 2009, (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), Serie C No. 207, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_207\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf); *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Serie C No. 218, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp.pdf).

101. En el presente caso ni la Comisión ni el representante alegaron la violación del derecho a la integridad personal que consagra el artículo 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Francisca Mercedes Vera Valdez. No obstante, la Corte estima que los hechos de este caso, sobre los cuales las partes han tenido amplia posibilidad de presentar alegatos y defenderse, muestran una afectación a este derecho, como se expondrá a continuación.

[...]

105. Para el Tribunal es claro que los hechos establecidos en esta Sentencia demuestran el sufrimiento que padeció la señora Vera Valdez por el trato dispensado al señor Vera Vera mientras estuvo privado de libertad con una herida de bala, por el trato recibido por ella misma ante sus esfuerzos por procurarle una atención médica adecuada y por la falta de esclarecimiento de los responsables por el fallecimiento de su hijo. La Corte no considera necesario mayor abundamiento al respecto y, por lo tanto, considera que el Estado es responsable por la violación del derecho consagrado en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Francisca Mercedes Vera Valdez.”<sup>29</sup>

En este caso, la Corte defiende su competencia “para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella” y advierte que las partes han debido tener la oportunidad de expresarse sobre los hechos que sustentan las normas que no han sido alegadas en los escritos. De donde, la Corte “estima que los hechos [...] sobre los cuales las partes han tenido amplia posibilidad de presentar alegatos y defenderse, muestran una afectación a [un] derecho” aunque “no considera necesario mayor abundamiento al respecto”.

---

<sup>29</sup> Corte IDH, *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*, Sentencia de 19 de mayo de 2011, (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), Serie C No. 226, párs. 100, 101 y 105, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_226\\_espl.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_226_espl.pdf)

El ajuste de la Corte a los principios del *jura novit curia* es solo aparente: *da mihi factum, dabo tibi jus*. Pero el juez solamente está facultado para decidir sobre lo que se pide. La prohibición de decidir *ultra petita* está directamente relacionada con el derecho de defensa (en el caso Vera Vera si no se pidió decidir sobre una eventual violación del artículo 5.1 de la Convención, el juez no puede hacerlo) y aun cuando el juez no está obligado a seguir los planteamientos jurídicos de los litigantes, solamente puede resolver sobre lo que se pide.<sup>30</sup>

La CIDH sometió a la Corte el 30 de julio de 2004 una demanda contra Colombia, la cual se originó en las denuncias número 12.050 (La Granja) y 12.266 (El Aro), respecto del Municipio de Ituango, recibidas en la Secretaría de la Comisión el 14 de julio de 1998 y el 3 de marzo de 2000, respectivamente. El 11 de marzo de 2004 la Comisión había dispuesto la acumulación de los casos, por cuanto correspondían al mismo municipio.<sup>31</sup> La Corte no analiza si esta acumulación es o no correcta, tratándose de fechas y sitios distintos, pero tiene dos efectos principales: uno que, cuando se lee la sentencia de la Corte, aunque trata de diferenciar los hechos de la Granja y el Aro, frecuentemente los mezcla. Otro que cuando la Corte determina la responsabilidad del Estado por “colaboración” de Fuerzas Armadas con los paramilitares, no distingue las dos situaciones que son realmente muy distintas.

El propósito de este artículo no nos permite un análisis a fondo de este caso<sup>32</sup> y nos referiremos solamente al uso por la Corte de sus “poderes” en una decisión final.

---

<sup>30</sup> Calvino, Gustavo, *La regla iura novit curia en beneficio de los litigantes*, p. 19, disponible en <http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf>

<sup>31</sup> Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Sentencia de 1 de julio de 2006, [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_148\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.doc). Hay que anotar que el municipio tiene 2.347 kms de extensión.

<sup>32</sup> Puede verse un análisis de este caso en Nieto Navia, Rafael y Nieto Loaiza, María Teresa, *Colombia y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional*, GTZ (eds.) Colección Reformas en la Rama Judicial, Tomo IV, Bogotá, 2007, pp. 190-208.

Como los “representantes” habían añadido víctimas, pruebas y hechos, la Corte resolvió precisar quiénes eran las “víctimas” para el presente caso, argumentando, como lo ha hecho en otras ocasiones que

“La jurisprudencia en cuanto a la determinación de presuntas víctimas en casos ante esta Corte ha sido *amplia*, utilizando criterios aplicables a las circunstancias del caso. *Las presuntas víctimas deben estar señaladas en la demanda y en el informe de la Comisión según el artículo 50 de la Convención*. Sin embargo, dado a la falta de ello, en algunas ocasiones, debido a las particularidades de cada caso, la Corte ha considerado como presuntas víctimas a personas que no fueron alegadas como tal en la demanda, siempre y cuando se haya respetado el derecho de defensa de las partes y las presuntas víctimas guarden relación con los hechos descritos en la demanda y con la prueba aportada ante la Corte.”<sup>33</sup>

Una cosa es lo que la Convención, que es el instrumento que los Estados aceptaron y al que se vincularon por la norma *pacta sunt servanda* cuando ratificaron, diga una cosa y otra lo que la Corte hace a través de una jurisprudencia “amplia” debido a “las particularidades de cada caso”, y que la lleva a cambiar la Convención, obligar a los Estados a algo que no aceptaron desde el principio y, peor aún, condenarlos en decisión inapelable por violación de las “nuevas” normas creadas por la Corte. Eso, en lenguaje llano, se llama abuso del derecho y hay que decirlo con esas palabras. A la larga el sistema “amplio” de la Corte va a terminar quebrando el sistema.

La cita anterior la remata con lo siguiente:

En algunos casos, la Corte ha enfatizado que el derecho de defensa de las partes es el criterio determinante. Sin embargo, aun en presencia de objeciones por parte del Estado, la Corte ha considerado incluir a tales presuntas nuevas víctimas.<sup>34</sup>

¿Qué garantía puede dar al Estado una Corte que procede con esta ligereza? No se discuten las objeciones del Estado, simplemente se ignoran.

---

<sup>33</sup> Corte IDH, *Id.*, pár. 91. Itálicas añadidas.

<sup>34</sup> Corte IDH, *Id.*, pár. 93.

En conclusión, “la Corte ha declarado como ‘posibles víctimas’ a personas que se encontraban identificadas en la prueba aportada por las partes, aun cuando dichas personas no se encontraban identificadas en la demanda de la Comisión (Cfr. Caso de la “Masacre de Mapiripán”, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 255 y 258),”<sup>35</sup> todo ello no obstante “la discrepancia que existe entre las personas señaladas por la Comisión en su informe basado en el artículo 50 de la Convención como presuntas víctimas del artículo 21 de la misma, versus las personas alegadas en su demanda como presuntas víctimas de dicho artículo [que] no coincide ni en cantidad ni en identidad [así como] las personas alegadas por los representantes en su escrito de solicitudes y argumentos tampoco guardan relación con aquellas señaladas en el referido informe del artículo 50.”<sup>36</sup>

## Conclusión

El principio *jura novit curia* es una herramienta importante en la administración de justicia, diseñado para ayudar al demandado, al demandante y al juez, a alcanzar una recta aplicación de justicia que es el propósito fundamental de los procesos. El juez puede acudir a él para subsanar las fallas *procedimentales* que se puedan presentar cuando las partes invocan normas equivocadas. No lo autoriza a enmendar la demanda y, mucho menos, a decidir en su sentencia más allá del *petitum*.

El principio está íntimamente vinculado al derecho de defensa y no puede aplicarse sin haber dado a las partes la oportunidad de expresarse sobre su aplicación.

---

<sup>35</sup> Corte IDH, *Id.*, pág. 94. La nota insertada es del original, lo que demuestra que el gobierno colombiano no analizó esa sentencia. Es bien sabido que, más tarde, en noviembre de 2011, se descubrió que algunas de las “víctimas” de Mapiripán no eran tales y habían sido indemnizadas como muertos sin serlo. En decisión de 23 de noviembre de 2012, la Corte reconoció que algunas de las víctimas no lo eran (Corte IDH Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, nov. 23/12).

<sup>36</sup> Corte IDH, *Id.*, pág. 97.

Su aplicación por la Corte Interamericana tiene que ser aún más cuidadosa porque se trata de un órgano judicial que tiene como función la defensa de los derechos fundamentales, uno de los cuales es la recta administración de justicia, y cuyas sentencias son finales e inapelables.

Su aplicación por la Comisión es una aberración porque el principio fue diseñado para ser aplicado por los jueces y no por órganos que no son judiciales.

Adicionalmente, exceden las atribuciones que los Estados les otorgaron cuando suscribieron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, violándola.

*Bogotá, 28 de enero de 2013*





# EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Arturo Santiago PAGLIARI

## Introducción

El concepto de efectividad hace alusión a lo real y verdadero, en oposición a lo quimérico o dudoso; su significado tiene íntima vinculación con realidades, certezas, garantías, acciones, poder, en contraposición a lo aparente, iluso, o ineficaz. *“Las verdades objetivas expresan cosas existentes y se apoyan en verdades necesarias o ideales”*<sup>1</sup>.

*“La efectividad es una noción que se opone a lo ficticio y artificial, así como a lo meramente subjetivo o imaginario. El derecho internacional introduce un indispensable elemento de objetivación en cuanto expresa la relación necesaria que existe entre las normas y las situaciones jurídicas de una parte y la realidad social de otra, relación que tiende además hacia un progresivo acercamiento e identificación”*<sup>2</sup>. Nada parece más objetivo que los hechos y las realidades sociales; la efectividad aparece así como un criterio de corrección de posibles abusos cuando se adoptan posiciones subjetivas disociadas de la realidad. Ello demanda una acción constante de verificación en la realidad de las disposiciones jurídicas vigentes.

---

<sup>1</sup> Téllez Núñez, Andrés. *“El problema de la efectividad del derecho internacional público”*. Colección Estudios de Derecho Internacional. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. 2008. pag. 170.

<sup>2</sup> Charpentier, J. *Las reconnaissance internationale et l evolution du Droit de Gens*, París, 1956, citado por Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Tecnos, 1969. pág. 181.

### *1. La efectividad en el derecho internacional*

La efectividad en el derecho internacional aparece como un tema inagotable y discutible. En efecto, las posiciones oscilan desde los que sostienen que la efectividad es un presupuesto para su existencia, como la de aquellas que directamente niegan su entidad<sup>3</sup>, y otros, que afirman que en el orden internacional la importancia del principio de efectividad es relativa.

El Derecho Internacional Público como ordenamiento jurídico presenta una serie de rasgos peculiares que responden a la naturaleza propia de esta rama jurídica. Está compuesto por normas generales y normas particulares de carácter dispositivo (la mayoría) y otras imperativas o inderogables. En este ordenamiento jurídico subsisten elementos de una concepción predominantemente individualista (relativismo) y, por esta razón, tiene gran importancia el principio de efectividad. El hecho de nutrirse el orden jurídico internacional de todos los sistemas jurídicos y no solamente de los de procedencia occidental (ausencia de una cultura común, de una concepción universal de la vida y del mundo), sin duda que debilita la efectividad del Derecho Internacional universal. Sin embargo, *“Todos los ordenamientos sociales arrancan de determinados hechos, que unas veces quieren proteger y otras modificar o eliminar; uniendo a estos hechos consecuencias jurídicas positivas, o sanciones, respectivamente. Mas como el derecho internacional no es un ordenamiento fundado en un poder central superior, el elemento de conservación está en él especialmente acentuado. De ahí el importante papel que en el derecho internacional público desempeña el principio de efectividad”*<sup>4</sup>.

Para los que sostienen que la efectividad es un presupuesto para la existencia del derecho internacional, la efectividad plantea un problema de teoría jurídica porque solo las reglas efectivas pueden ser calificadas

---

<sup>3</sup> Algunos entienden que sostener que la efectividad es un principio de derecho internacional es un absurdo. Afirmarlo es enrolarse en una posición semejante a la de los negadores del derecho internacional, siendo esta una de las posiciones de la sociología de las relaciones internacionales.

<sup>4</sup> Verdross, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Aguilar. 1978. pag.115.

de reglas jurídicas<sup>5</sup>. En efecto, para algunos “*El termómetro de eficacia y efectividad del derecho internacional no se encuentra sino en los hechos y en la realidad*”<sup>6</sup>.

Una posición extrema atribuye a la efectividad las consecuencias jurídicas deseadas por sus autores a toda clase de hechos productores de una situación nueva, o de un cambio de una preexistente. Está basada en el pensamiento kelseniano, en cuya concepción del sistema jurídico es esencial la distinción entre la validez de una norma (que deriva de una superior), y su eficacia o efectividad<sup>7</sup>. “*La efectividad en relación con la eficacia, demuestra lo que es útil y práctico como propósito de la norma para la que fue creada*”<sup>8</sup>; por ello, afirman que en derecho internacional, el principio *ex injuria, non oritur ius*, sólo puede ser de aplicación por vía de excepción.

La efectividad, como el mismo derecho internacional, es relativa, sin dejar de reconocer que se torna indispensable y condicionante para validar numerosas hechos o situaciones. Por ello, para los que sostienen que en el orden internacional la importancia del principio de efectividad es relativa argumentan que no puede admitirse que el derecho internacional contenga una regla que excuse los hechos consumados contrarios a él. Hay que atenerse a la regla “*ex iniuria non oritur ius*” (ningún acto jurídico por si solo crea derecho). En consecuencia, cada situación podrá justificarse, mediante la evaluación de otras circunstancias, especialmente el transcurso del tiempo y el reconocimiento de los demás Estados. Si bien la regla *ex iniuria non oritur ius* es correcta, sin embargo una efectividad aparente o ciertamente contraria a derecho, puede legalizarse tanto por el transcurso del tiempo, como por el reconocimiento de los demás Estados. En efecto, el derecho internacional trata de no aceptar sin más la legalización de situaciones efectivas ante hechos ilícitamente consumados, pero, a pesar de ello, “*tal estado de cosas no puede perdurar indefinidamente, pues iría en detrimento de la seguridad jurídica.*”

---

<sup>5</sup> Touscoz Jean.. *El principio de efectividad en el orden internacional*, Paris, Biblioteca General de Derecho y de Jurisprudencia, 1964.

<sup>6</sup> Tellez. ob. cit. pag.176

<sup>7</sup> Existen numerosos casos de normas válidas que carecen de efectividad.

<sup>8</sup> Tellez. ob. cit. pag.168.

*Mas pronto o mas tarde tiene que restablecerse la situación anterior o reconocerse, y, por ende, subsanarse, la situación nueva”*<sup>9</sup>. El factor tiempo entonces, aparece como decisivo al momento de juzgar la efectividad de determinados actos, tanto para determinar la fecha y circunstancias en que se producen, como en cuanto a su duración, permanencia e invariabilidad. El tiempo actúa a favor de la efectividad de los hechos realizados. *“El factor “tiempo”, reseñable en todos los órdenes jurídicos, reviste una magnitud especialmente significativa en el ámbito de la aplicación del derecho internacional”*<sup>10</sup>.

En definitiva, el problema a resolver es la tensión entre la efectividad y la juridicidad de una situación, es decir entre el Principio de efectividad y el Principio de legalidad. Tal tirantez puede provocar y muchas veces sucede, que se lleguen a convalidar actos originariamente antijurídicos, a través de la aquiescencia o del reconocimiento.

Por otra parte, es innegable que el poder político que poseen ciertos Estados en la comunidad internacional, se traduce en el contenido de ciertas normas jurídicas internacionales, lo que se percibe en posiciones privilegiadas que tienen las grandes potencias en organizaciones internacionales como la ONU o la Unión Europea<sup>11</sup>. *“La gran potencia acaba imponiéndose por su propio peso y se la invita a cooperar con los demás Estados porque no sería posible obtener resultados duraderos sin ella. Se da aquí la más rigurosa aplicación que cabe del principio de efectividad”*<sup>12</sup>. “Abordar el tema de la efectividad del derecho internacional público sin estudiar el fenómeno del poder es impo-

---

<sup>9</sup> Verdross, ob. cit. pag.116. En igual sentido se pronuncia Diez de Velazco, que, citando a Miaja de la Muela (Los actos unilaterales), destacando la dificultad que entraña la continuidad en el reconocimiento de una situación hace largo tiempo inefectiva, frente a una realidad establecida antijurídicamente que se ha consolidado por el transcurso de las circunstancias y del tiempo, sin perspectivas de cambio inmediato.

<sup>10</sup> López Martín, Ana Gemma. *El territorio estatal en discusión: La prueba del título*. McGraw Hill. 1999. pag.99

<sup>11</sup> Casado Raigón, Rafael. *Derecho Internacional. Parte General*. pág.73. Tecnos. 2012.

<sup>12</sup> Truyol y Serra Antonio. *La sociedad internacional*. Madrid.1994, pág. 119.

sible<sup>13</sup>, ya que existe una estrecha relación entre el poder internacional (en el sentido de imperio o facultad para aplicar una norma) con cuán efectivo es el derecho internacional. La realidad demuestra que el poder tiñe las relaciones internacionales y que atento la descentralización de la comunidad internacional, los Estados se someten a las reglas que ellos mismos crean, ya sea autocontrolándose, ya sea vía el sistema de seguridad colectiva. En ambos casos con un mismo objetivo: el cumplimiento del derecho internacional para asegurar la paz y seguridad internacionales.

### 3. La efectividad y las fuentes del derecho

La efectividad no es solo un deber ser, sino que contiene la realidad en el proceso de formación de la norma. Es más, puede ser considerada como el fundamento de numerosas obligaciones y derechos internacionales. Por ello, desde antiguo, se ha discutido y a veces confundido el fundamento con las fuentes del derecho. No sería demasiado temerario opinar que, juntamente con el consentimiento expreso (convenios) o tácito (costumbre)<sup>14</sup>, la efectividad tenga un lugar destacado como fundamento y fuente de algunas obligaciones internacionales. Muchas veces el fundamento y fuente de la obligación internacional se encuentra en su efectividad. La efectividad sirve tanto para justificar el orden establecido como para promover una nueva formulación del derecho<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Téllez Núñez, A. ob. cit. pág. 94.

<sup>14</sup> Brownlie citado por Trellez pag. 116, destaca el elemento psicológico que comporta un derecho internacional público efectivo desde la óptica de una de sus fuentes más importantes: la costumbre. La reflexión de este autor puede servir como anticipo al tratamiento psicológico de la efectividad del derecho internacional en cuanto encuadramiento legal y jurídico de relaciones de poder con marcada tendencia e influencia psicológica. En este sentido se ha llegado a sostener que el derecho internacional solo puede ser efectivo y útil en la medida en que los comportamientos estén regulados por un derecho consuetudinario que se adapte al tiempo específico.

<sup>15</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Tecnos, 1969, pág. 184.

## Tratados

El propósito del derecho internacional en general, y de los tratados en particular, es la de limitar la soberanía de los Estados en la esfera particular de que se trate. Es sabido que los tratados solo producen efectos jurídicos obligatorios entre los Estados parte. Sin embargo, la efectividad, por medio de la adhesión de un cierto número de Estados, produce un efecto limitador a la libertad de los Estados no partes (terceros). En efecto, determinadas situaciones de naturaleza convencional provistas de una cierta efectividad, “*producen efectos respecto de terceros Estados, aun en el supuesto de que estos no las hayan reconocido*”<sup>16</sup>. Carrillo Salcedo es preciso sobre el particular al sostener que la oponibilidad a terceros Estados, que tiene como fundamento la efectividad, queda patentizada en distintos casos: normas de un tratado que se convierten en obligatorias para terceros porque se transforman en costumbre<sup>17</sup>; tratados que interesan a la comunidad internacional en su conjunto (Tratado Antártico de 1959, Tratado de no proliferación de armas nucleares 1968, etc.); tratados constitutivos de organizaciones internacionales. En este último caso, sostiene que en materia de organizaciones internacionales lo decisivo es que las mismas sean efectivas, ya que de serlo, con independencia del reconocimiento de terceros Estados, poseen determinadas obligaciones y derechos oponibles *erga omnes*. Uno de los aspectos donde más se destaca el principio de efectividad en las organizaciones internacionales es en la oponibilidad a terceros Estados de los sistemas de seguridad colectiva<sup>18</sup>. También, la elaboración de las decisiones de las organizaciones internacionales es determinada por la efectividad, bajo sus formas cualitativas o cuantitativas. Ejemplo de ello, citado por Lauterpecht<sup>19</sup>, es la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (1949) en

---

<sup>16</sup> Carrillo Salcedo, J. ob. cit. pag.186 y ss.

<sup>17</sup> Artículo 38 de la CV69 sobre el Derecho de los Tratados-*Normas de un tratado que llegan a ser obligatorias para terceros en virtud de una costumbre internacional*.

<sup>18</sup> Según este autor el artículo 2, párrafo 6 de la Carta de las Naciones Unidas, constituye una revolución dentro del orden jurídico que encuentra su fundamento en el principio de efectividad.

<sup>19</sup> H. Lauterpacht, “Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties”, 26 Brit. Y.B. Int'l. L. 48 (1949).

materia de Reparación por los daños sufridos en el Servicio de las Naciones Unidas, en cuanto al derecho de las Naciones Unidas a demandar en materia de daños causados a sus agentes, que se apoyó en gran medida en el principio de efectividad. El dictamen del Tribunal se basó en la opinión que para proteger el carácter internacional e independiente de las facultades de los funcionarios de las Naciones Unidas era necesario hacer plenamente efectivo el propósito de la Carta en tan sentido. Sostuvo que el derecho de las Naciones Unidas a presentar reclamaciones en relación con los daños sufridos por sus funcionarios, era esencial para el cumplimiento de sus fines.

Un cambio fundamental de las circunstancias que dieron origen a un tratado (cláusula *rebus sic stantibus*) es una efectividad en acción y puede provocar una tensión entre un tratado y la necesidad de su caducidad, suspensión o nueva formulación. El artículo 62 de la CV69 sobre el Derecho de los tratados codifica un antiguo principio de derecho internacional en materia de terminación o suspensión de los tratados que responde a la máxima del derecho romano *omnia conventio intellegitur rebus sic stantibus*, que obedece a una justificación para no cumplir un tratado fundado en razones de justicia y equidad, que, en rigor de verdad, no atenta contra el principio de la *pacta sunt servanda* sino que le sirve de complemento. En el *asunto de las pesquerías*<sup>20</sup> la Corte sostuvo que “*en derecho internacional un cambio fundamental de las circunstancias que determinaron a las partes a aceptar el tratado, si ha producido una transformación radical del alcance de las obligaciones establecidas por éste puede, bajo ciertas condiciones, otorgar a la parte afectada una base para invocar su terminación o suspensión*”. La invocación por un Estado parte de esta causal, no opera para extinguir un tratado automáticamente; sólo confiere un derecho a solicitar su terminación; tanto es así, que en caso de objeción por otro Estado parte, la cuestión debe ser sometida y resuelta por algún medio pacífico de solución de controversias<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> CIJ, Recueil, 1973.

<sup>21</sup> La regla general es que un cambio fundamental de las circunstancias respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado, no puede alegarse como causa de terminación del mismo. Es decir la CV69 se inclinó por redactar esta causal

En materia de interpretación de los tratados, el principio de efectividad ha desempeñado un importante y creciente avance en la aplicación del derecho. El principio de eficacia en la interpretación de los tratados ha sido invocado en la jurisprudencia nacional e internacional de diversas formas. De hecho, en la esfera del derecho interno del Estado la efectividad en la interpretación de los contratos está tan ampliamente aceptada que puede ser calificada como un principio general del derecho. También la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (como la de la Corte Permanente) ha establecido el principio de efectividad como pauta de interpretación.

El principio de efectividad constituye un importante indicador entre las normas de interpretación para determinar cual ha sido la verdadera

---

en términos negativos, estableciendo condiciones rigurosas para su alegación. El carácter excepcional y restrictivo de la cláusula motivó su rechazo a su aplicación, por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 1977<sup>21</sup>: *“El hecho de que el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados esté redactado en término negativos y condicionales indica por otra parte claramente que la estabilidad de las relaciones convencionales exige que la causa extraída de un cambio fundamental de circunstancias no aplique más que en casos excepcionales”*. La excepción a esta regla, aplicable a los llamados tratados perpetuos y a los que no contienen cláusulas sobre su terminación, debe reunir las siguientes condiciones: a) Que tales circunstancias en el momento de la celebración, constituyeran una base esencial del consentimiento en obligarse por el tratado; b) Que tal cambio modifique radicalmente el alcance de las obligaciones que resten cumplirse por parte del Estado que la alega. Del artículo 62 se desprenden los siguientes requisitos: 1) Que el cambio de las circunstancias sea fundamental, es decir de tal naturaleza que incluso tales cambios puedan poner en peligro la existencia misma del Estado; 2) Que el cambio de las circunstancias debe darse en relación a las existentes en el momento de celebración del tratado (Este cambio puede ser de las circunstancias de hecho o jurídicas); 3) Que esas circunstancias hayan constituido una base esencial del consentimiento de las partes por el tratado; 4) Que el cambio no haya sido previsto por las partes; 5) Que el cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado. El cambio de las circunstancias debe significar una transformación radical del alcance de las obligaciones todavía a ser cumplidas; debe haber aumentado el peso de las obligaciones a ser ejecutadas tanto como para transformar el cumplimiento en algo esencialmente diferente de la que se asumió originalmente. Aún si dieran estas condiciones que admiten la excepcionalidad a la regla general, esta causa no puede alegarse: a) En los casos de tratados que establecen una frontera<sup>21</sup>; b) Si el cambio de las circunstancias se hubiera producido por la violación de la Parte que la alega de una obligación del tratado o de otra obligación internacional respecto de cualquiera de las otras Partes del tratado.



intención de las partes en la celebración de un tratado. Lauterpecht<sup>22</sup> llega a sostener que cualquier consideración sobre la eficacia o que de otra manera tiendan a transformar la intención ostensible de las partes en un factor de importancia secundaria, son contrarias a la verdadera finalidad de la interpretación, aclarando que la que la aplicación del principio de efectividad sustituye la intención de las partes cuando esta es dudosa. Nada, salvo un lenguaje explícito, puede reducir la incidencia del riesgo de una interpretación amplia. Una vez que un instrumento ha asumido la forma de un tratado, firmado y ratificado, la buena fe exige que, en ausencia de razones en contrario, no deba ser entendido como un mero compromiso enunciativo de principios. Esta consideración es la razón por la que se impone la superioridad del principio de efectividad como elemento de interpretación sobre la doctrina de la interpretación restrictiva. Uno de los medios más convenientes a los fines de la interpretación y por ende de la aplicación de un tratado, es recurrir al comportamiento o práctica subsiguiente que las partes han observado y efectivamente realizado en relación al tratado, por cuanto ofrece la prueba mejor y mas segura, de la manera que se ha interpretado el tratado en la práctica, acerca de cual es su interpretación exacta. Así lo dispone la CV69 en su artículo 31. 2. b) cuando establece que a los fines de la interpretación de un tratado deberá tenerse en cuenta junto con su contexto ...*b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.* Los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 31 consignan lo que se denomina una interpretación “auténtica” del tratado, es decir aquella que realizan las propias partes del tratado, ya sea por un acuerdo o comportamiento posterior a su entrada en vigor a los fines de su interpretación o aplicación. El consentimiento colectivo para que equivalga a una verdadera interpretación auténtica del tratado, puede manifestarse no solamente mediante un obrar positivo, sino también tácitamente, ya sea mediante la aquiescencia o bien por la ausencia de protesta ante la conducta seguida por la mayoría de las partes. La práctica ulterior (efectividades) cuando es uniforme, coherente y seguida por la mayoría de las partes, constituye un elemento decisivo para determinar el sentido y alcance de los términos

---

<sup>22</sup> H. Lauterpecht, “*Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*”, 26 Brit. Y.B. Int'l. L. 48 (1949).

del tratado. Constituye una prueba del consenso de las partes sobre la interpretación del tratado y cumple el mismo fin que un acuerdo sobre tal interpretación. Ambas disposiciones, se basan en la regla de que los tratados deben interpretarse de manera que sean eficaces, en lugar de ineficaces.

## Costumbre

Las efectividades juegan un rol decisivo como fundamento de validez de las normas consuetudinarias. Se caracterizan por ser una práctica común (resultante de la repetición de actos similares), obligatoria (se acepta como respondiendo a una necesidad jurídica) y evolutiva. El llamado elemento material de la costumbre está constituido por actos unilaterales de los Estados (acciones u omisiones), realizados por sus órganos dotados de representatividad internacional a través del tiempo en forma repetida, constante y uniforme. La doctrina tradicional ha señalado casi en forma constante el valor del tiempo en la formación de la costumbre; el tiempo cumple un rol instrumental en la formación del derecho consuetudinario. Las efectividades en materia de derecho consuetudinario sirven también para generar nuevas normas de derecho, no solo por sí solas, sino también como consecuencia de los efectos que puede producir un tratado en relación a terceros Estados que no han participado en su celebración. Es lo que los autores denominan la interacción entre tratado y costumbre. Como resultado de esta interacción, otros Estados que no son partes de dicho tratado -terceros Estados-, la cumplen, transformándola en una norma de carácter consuetudinario. Este es un ejemplo en el que normas de un tratado que obligan sólo a las partes, terminan obligando también a terceros Estados ya no por vía contractual, sino porque la norma convencional establecida se transforma en una norma consuetudinaria de carácter general cuyo carácter obligatorio se fundamenta no en el tratado que le dio origen, sino en la costumbre como fuente del derecho internacional.

En definitiva, al decir de Carrillo Salcedo<sup>23</sup> *“La efectividad fundamenta la validez de las reglas consuetudinarias generales, al mismo tiempo que condiciona su formación”*.

---

<sup>23</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio. Ob.cit., pag.185

## Principios

Si bien no puede desconocerse la enorme importancia que juega el consentimiento de los Estados como fuente de las normas internacionales, es pertinente aceptar la existencia de otra clase de fuentes que no derivan necesariamente del consentimiento estatal. En efecto, lo que otorga validez a las normas y a su forma de producción, son los principios generales del derecho, ya que su función es la de servir de pautas sostenibles de toda regla general.

Los Principios Generales del Derecho constituyen las pautas de toda la normativa jurídica, resultando las primeras consecuencias de la intención de hacer efectiva la Justicia en la realidad social. Es generalmente aceptado que la noción de «Principio» reconoce dos acepciones; la primera como elemento irreducible al cual se reducen los demás que son, por consiguiente, de él derivados. Se trataría del «Principio» como elemento originario de las cosas que existen realmente como consecuencia de su evolución, desarrollo y transformación real. La segunda entiende que «Principio» es la *razón o causa* por la cual las cosas son lo que son. Es decir como fundamento o razón de ser que sostiene la existencia o validez de sus consecuencias. Corresponde señalar que ambas concepciones no son excluyentes entre sí y que ambas se funden. Es esta noción unificadora la que resulta aplicable en el campo de las ciencias sociales y en el Derecho. «Principio» sería por consiguiente el *elemento* originario y la *causa, razón o fundamento* de la existencia de sus derivaciones y consecuencias.

De acuerdo a lo establecido en el Estatuto de la Corte (art. 38. 1.c), el Tribunal Internacional cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar «*los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*». afirmando la calidad de los principios generales como fuente principal del derecho internacional, en la convicción de que la admisión y positivización de los principios generales del derecho efectuada por el artículo 38, supone un gran avance en la perfección del ordenamiento jurídico internacional, y su incorporación ha supuesto el abandono de un punto de vista estrictamente positivista<sup>24</sup>. La mayoría de la doctrina sos-

---

<sup>24</sup> Pastor Ridruejo, José A. *La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya*, Ed. Rialp, Madrid, 1962. Este autor sostiene que la línea general de la

tiene que los principios a que se refiere la disposición, son los que constituyen la base del derecho interno, que en definitiva responden a la idea misma del derecho en la que todo ordenamiento jurídico encuentra su fundamento. En el orden internacional, la historia del arbitraje internacional nos revela que los tribunales arbitrales han fundado sus sentencias no sólo en normas de derecho convencional o consuetudinario, sino también en principios que no habían sido recogidos en tratados ni tampoco expresados en costumbres. Estos principios generales, derivados de los ordenamientos jurídicos internos, pasan a la categoría de internacionales cuando son incorporados al derecho internacional en un tratado o en una costumbre, o bien cuando son empleados por un juez internacional. La jurisprudencia internacional derivada de la actividad de la Corte Permanente de Justicia Internacional, como de la actual Corte Internacional de Justicia, se ha referido a los principios generales del derecho utilizando diferentes términos: los propiamente dichos de la norma del artículo 38 «principios generales del derecho», o «principios bien conocidos», o «principio bien establecido o generalmente reconocido»<sup>25</sup>.

Estos principios generales internacionales, tales como la primacía del tratado internacional sobre la ley interna; el principio de la continuidad del estado; el respeto a la independencia e igualdad de los Estados; la regla del agotamiento de los recursos internos para la procedencia de la acción de amparo diplomático, etc., son por su propia naturaleza, de índole estrictamente internacional. En general, cuando se considera a los principios generales del derecho internacional como fuente, se los descalifica como fuente aduciendo dos razones: Que constituyen normas de derecho internacional derivados de las costumbres o de los tratados, es decir que derivan de otra fuente, o bien, que están excluidos de lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte, ya que por sus antecedentes preparatorios y la opinión de sus autores, los principios generales del derecho mencionados en el apartado 1,c), son exclusivamente los principios gene-

---

jurisprudencia internacional, en los casos no contemplados por reglas positivas - tratados y costumbres-, es la de otorgar a los principios generales categoría normativa, ya que estos principios son, en definitiva, principios del Derecho Natural (operativos y funcionales). Significa una postura clara ante el problema de la fundamentación del Derecho de Gentes, fundamentalmente antivoluntarista.

<sup>25</sup> Pastor Ridruejo, ob. cit.

rales del derecho reconocidos en “foro doméstico”, elevados a la categoría de principios internacionales. No nos parecen aceptables los argumentos expuestos. Es discutible que los principios generales del derecho propiamente internacionales, signifiquen meramente la expresión de una norma consuetudinaria, ya que en muchos casos no revisten las condiciones previstas para la formación de esta última; en especial, carecen del elemento material, entendido como práctica constante, generalizada y uniforme. En otros supuestos, el elemento subjetivo, la *opinio juris*, se encuentra asentado y confirmado por un principio general de derecho internacional preexistente. Esta afirmación se patentiza en principios generales puros y simples: Igualdad jurídica de los Estados, el principio de continuidad e identidad del Estado, la primacía de la norma internacional sobre la interna, etc. La alegación de una costumbre, en muchos casos cuestionada por diversas razones e incluso a veces de difícil prueba por su existencia difusa, tanto en su elemento material como subjetivo, es una tarea más complicada, cuando en realidad de lo que se trata es la aplicación de un principio general del derecho internacional innegable, por la identificación plena de su existencia por sí mismo<sup>26</sup>. Los «Principios» del

---

<sup>26</sup> La cada vez más frecuente alusión de la Corte a principios generales, o principios fundamentales, significa la aceptación de tales principios como fuentes, a pesar que a veces se invocan como íntimamente vinculados a una costumbre internacional; en realidad, tal alegación, no es otra cosa que la afirmación y aplicación de una norma u obligación que tiene como fuente los principios generales del derecho internacional. Las normas convencionales y consuetudinarias son consecuencias y concreción destinadas a facilitar la aplicación de los «Principios» jurídicos básicos y dicha función es motivo de permanente y pacífico reconocimiento jurisprudencial y doctrinario en cuanto no existe controversia acerca de la aplicación de tales reglas principistas en caso de insuficiencia legal positiva y esto es así porque los «Principios» constituyen pautas legales esenciales y vigentes; informan toda elaboración jurídica particular, condicionan el proceso de creación de normas jurídicas, e integran la ley concreta. El valioso aporte del positivismo se limita a posibilitar la realización efectiva de las pautas normativas universales que constituyen los «Principios» jurídicos. El otro argumento, que los principios generales del derecho internacional, no constituyen una fuente autónoma, ya que no se encuentran incluidos dentro de las fuentes enumeradas en el art.38, nos merece las siguientes consideraciones. En primer lugar, que su no inclusión no significa obstáculo alguno para considerarlo fuente, atento la opinión mayoritaria de que las fuentes del derecho internacional no se agotan en las enumeradas en dicho artículo, sino que el mismo reviste un carácter indicativo

Derecho Internacional son «Principios propios» de la disciplina relacionados con los «Principios generales del Derecho» con base en la particular naturaleza de la realidad social internacional considerada.

Para el caso que nos ocupa, la efectividad como un principio del derecho, la discusión carecería de razón, puesto que dicho principio se encuentra enraizado tanto en los derechos internos como en el derecho internacional. En efecto, la efectividad es materia en los derechos internos de buena parte de un ámbito tan importante como el de los derechos reales, como dominio, posesión, usucapión, prescripción, etc. En el orden internacional sin duda, como lo veremos mas adelante, constituye un elemento indispensable para validar muchas situaciones, amén de que ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional en numerosos y conocidos pronunciamientos sobre diferentes instituciones. Por ejemplo en materia de nacionalidad (*caso Nottebhom*, sentencia de 1956), o en ma-

---

de las normas que la Corte debe aplicar ante el caso concreto. Lo que en el derecho interno se encuentra claramente establecido, y a veces sobreentendido, por su carácter previsible y centralizado, el Estatuto, en el caso de la Corte, lo enumera y ejemplifica, no haciendo más que aplicar un principio general del derecho, en cuanto a las normas aplicables a un caso en particular. De acuerdo a esta tendencia no existiría obstáculo para admitir que los principios generales del derecho internacional constituyen una fuente autónoma y principal del derecho internacional, hecho que por otra parte, entendemos ha sido aceptado por la jurisprudencia internacional. En segundo término, si se acepta la existencia de «Principios» de una determinada rama del conocimiento, en definitiva debe admitirse la factibilidad de realizar una clasificación de los Principios del Derecho. Tal reconocimiento es motivo de aceptación expresa en la normativa internacional vigente. Es en tal sentido que corresponde efectuar la interpretación de lo prescripto por el Estatuto de la Corte de Justicia Internacional en su artículo 38, 1, c) cuando prescribe: «...c) *Los principios generales de derecho reconocidos por las Naciones civilizadas. ...*». Otro criterio sería aceptar la ampliación de la interpretación del punto 1. apartado c) del artículo 38, en el sentido de que los principios generales del derecho aceptados por las naciones civilizadas, comprenden no solo aquellos principios generales del derecho propiamente dicho en su interpretación original, sino también los principios generales del derecho internacional. De esta forma los tribunales y estados afirmarían y alegarían sin equívocos, que sus derechos y obligaciones, en muchos casos, tienen como fuente principal y autónoma, los principios generales del derecho internacional; los tribunales y estados afirmarían y alegarían sin equívocos, que sus derechos y obligaciones, en muchos casos, tienen como fuente principal y autónoma, los principios generales del derecho.

teria de controversias territoriales (*casos Burkina Faso y Mali* (1986), *El Salvador c. Honduras* (1992) y soberanía de las islas Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia contra Malasia).

En definitiva entendemos que *“Para el derecho internacional tiene particular relevancia la pura efectividad de muchas situaciones, hasta el punto de que la noción de efectividad ha sido elevada por cierta doctrina a la categoría de principio de Derecho”*<sup>27</sup>.

### Actos Unilaterales

Es indiscutible el valor del reconocimiento para validar la efectividad de ciertas situaciones, subsanando mediante este acto el vicio de origen, legitimando entre las partes la eventual irregularidad inicial. El reconocimiento es un típico acto unilateral autónomo. Es una manifestación de voluntad de un sujeto de derecho internacional por la que acepta la validez de un título, hecho o circunstancia emanado o producido por otro sujeto, que tiene como efecto producir consecuencias jurídicas. Es un acto unilateral discrecional mediante el cual un sujeto internacional consiente, y en consecuencia, se obliga a observar y respetar, una modificación de una situación jurídica internacional, en la cual él, en principio, no ha tenido participación. El concepto destaca el carácter discrecional del reconocimiento; los sujetos internacionales no están obligados a efectuar el reconocimiento y, en el supuesto de hacerlo, tal acto los obliga solamente a ellos. Si bien es cierto que el reconocimiento es discrecional en cuanto es una facultad de los Estados aceptar o no una situación de hecho o derecho según su propio criterio y en virtud de su propia autoridad, no lo es menos, que tal facultad no puede prevalecer *“sobre la obligatoriedad de las reglas de derecho internacional, que están por encima de la voluntad de los Estados y que obligan a éstos y que sólo es explicable en función del relativismo del derecho internacional y de su carácter descentralizado y escasamente institucionalizado”*.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Mariño Menendez, Fernando. *Derecho Internacional Público*. Parte general. Ed. Trotta. 1993.

<sup>28</sup> Carrillo Salcedo, J. ob. cit.

En la *opinión consultiva sobre Namibia* (1971), la Corte Internacional de Justicia, le pone un límite a los efectos del reconocimiento al expresar: a) El carácter radicalmente ilícito de una situación (efectividad), excluye toda posibilidad de consolidación jurídica, b) En consecuencia, implica para el autor de la violación (efectividad) la obligación de poner fin a la misma, c) Los terceros Estados quedan obligados a no reconocer tal situación (efectividad) en sus mutuas relaciones. Según Juste Ruiz, esta posición de la Corte “*ha venido así a puntualizar los límites a que queda sometido el juego del principio de efectividad en el derecho internacional contemporáneo, sentando claramente la afirmación de que el principio de efectividad no alcanza a legitimar las situaciones radicalmente antijurídicas, es decir, aquellas que se han establecido en abierta violación del derecho internacional*”<sup>29</sup>.

Sin embargo, y pesar de tan autorizada opinión, el reconocimiento sigue teniendo un rol fundamental en el derecho internacional, ya que constituye un instrumento que el derecho internacional ha aportado a los sujetos destinado a legalizar determinadas situaciones jurídicas o de hecho, otorgando a los mismos una certeza de naturaleza jurídica. *Una situación inefectiva (gobierno en el exilio), como una situación efectiva pero contraria al derecho internacional (uso ilícito de la fuerza), pueden ser oponibles a terceros que las reconozcan*<sup>30</sup>. Es decir que el reconocimiento produce un doble efecto en relación a las efectividades en el orden internacional: Por una parte, operan como convalidando una situación de hecho o derecho del emisor al realizador; por la otra, fuerzan a terceros Estados que no han participado en esa acción efectiva, ni la han reconocida, a comportarse de conformidad a la situación creada.

La doctrina de los actos propios expresada como aquiescencia o falta de protesta ante el comportamiento de un Estado frente a pretensiones contradictorias con otro, puede también traducirse en el nacimiento o pérdida de un derecho debido al principio de buena fe que rige las relaciones internacionales, posibilitando la utilización complementaria y subsidia-

---

<sup>29</sup> Juste Ruiz, José. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005.

<sup>30</sup> Carrillo Salcedo, J, ob.cit. pag.201



ria del estoppel en función de las circunstancias especiales de cada caso concreto.

#### 4. Funciones

La función del principio de efectividad en el derecho internacional “*es servir de factor de corrección de criterios de validez eminentemente subjetivos, propios de un ordenamiento jurídico escasamente institucionalizado*”.<sup>31</sup>

Como lo señala Juste Ruiz<sup>32</sup> el principio de efectividad en el derecho internacional cumple tres funciones: constitutiva, modificativa y adjudicativa.

##### 4.1. Función constitutiva.

La efectividad constituye un requisito necesario para la validez internacional de numerosas situaciones. En tal sentido, la efectividad es tenida en cuenta por el derecho internacional, como condición necesaria para la producción de determinadas consecuencias jurídicas. Ejemplo de ellos son:

a. Responsabilidad internacional. La responsabilidad internacional del Estado depende en gran medida de la organización del poder y de la efectividad del control ejercido sobre su territorio por el Estado. Este control, “*es el elemento básico en la responsabilidad internacional que pueda verse obligado a asumir el Estado por actos contrarios al derecho internacional cometidos dentro de sus fronteras. La extensión de tal responsabilidad puede, pues, variar según el grado de efectividad de dicho control*”<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Carrillo Salcedo, J. ob. cit., pag.181.

<sup>32</sup> Juste Ruiz, ob. cit.

<sup>33</sup> De Visscher, Charles. *Teorías y realidades en derecho internacional público*. Bosch. 1962. pag.307.

a.1. Insurrectos. Un movimiento insurreccional se caracteriza por constituir un grupo armado organizado que controla efectivamente una parte del territorio de un Estado. Se admite generalmente la irresponsabilidad del Estado por los actos dañosos cometidos por insurrectos o insurgentes, en los casos en que esos movimientos revolucionarios fracasen. La extensión de la responsabilidad debe medirse por la efectividad del poder”. *“Se advierte en el seno del derecho internacional una indiscutible tendencia a separar la responsabilidad de toda idea de legitimidad gubernamental, para enlazarla con la noción de la efectividad del control en una zona suficientemente importante del territorio”*<sup>34</sup>. Distinto es el caso si el movimiento insurreccional triunfa, ya que en ese caso el derecho internacional establece claras consecuencias en materia de responsabilidad. Al respecto el artículo 10 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos determina que *“se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado”*.

a.2. Personas controladas por el Estado. Siguiendo un principio general del derecho, de que toda persona es responsable por los actos de las personas que tiene a su cargo o se desempeñan bajo su cuidado, la CDI en el mencionado proyecto (art.8) cristaliza esa noción del derecho de la siguiente forma: *“Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional, el comportamiento de una persona o de un grupo de personas, si esa persona o ese grupo de personas, actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección y el control de ese Estado al observar ese comportamiento”*<sup>35</sup>. La CIJ en el asunto relativo la aplicación de la aplicación de la Convención para la prevención y casti-

---

<sup>34</sup> De Visscher, ob. cit. pag.309.

<sup>35</sup> La Corte Internacional de Justicia, en el *As. De las actividades militares y paramilitares en Nicaragua (Nicaragua c. EEUU)* expresó que para que la responsabilidad de los EEUU se vea comprometida, debería en principio probarse que estos tenían el control efectivo de las operaciones militares o paramilitares, en el curso de las cuales las violaciones en cuestión se habrían producido.... debe probarse que el Estado ejerce un control global sobre el grupo, no sólo equipándolo y financiándolo, sino también coordinando y ayudando a la planificación general de su actividad militar. *Recueil*, 1986.

*go del crimen de genocidio* (Bosnia –Herzegovina c. Serbia y Montenegro) dijo que tal disposición formaba parte del derecho consuetudinario<sup>36</sup>. La Corte en dicho fallo (par.406) sobre esta disposición calificada por parte de la doctrina como el criterio del «control global», estableció que presenta el defecto mayor de extender el campo de la responsabilidad de los Estados bastante más allá del principio fundamental que gobierna el derecho de la responsabilidad internacional, es decir que un Estado sólo es responsable de su propio comportamiento, es decir, del de las personas que, bajo el título que fuera, actúan en su nombre. Tal es el caso de los actos realizados por sus órganos oficiales, y también por personas o entidades que, aunque el derecho interno del Estado no los reconozca formalmente como tales, deben ser asimilados a órganos del Estado porque se encuentran colocados bajo su dependencia total. Aparte de estos casos, los actos cometidos por personas o grupos de personas -que no son órganos del Estado ni son asimilables a tales órganos- no pueden comprometer la responsabilidad del Estado más que si estos actos, suponiendo que sean internacionalmente ilícitos, le son atribuibles en virtud de la norma de derecho internacional consuetudinario reflejada en el artículo 8 precitado (párrafo 398).

a.3. Las organizaciones internacionales. Una de las reglas particulares establecida por el proyecto de artículos de la CDI (2011) sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales (art.7) establece que el comportamiento de un órgano de un Estado o de un órgano o agente de una organización internacional se considerará un hecho de la organización, si ésta ejerce un control efectivo sobre ese comportamiento. Revis-

---

<sup>36</sup> CIJ, Recueil, (Par.379)... si los actos de genocidio cometidos podrían ser atribuidos al demandado en aplicación de las reglas del derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad internacional de los Estados; esto equivale a interrogarse si dichos actos fueron cometidos por personas u órganos cuyo comportamiento es atribuible, en el caso particular de Srebrenica, al Estado demandado... (par.401) El genocidio será visto como atribuible al Estado, si y en la medida en que los actos materiales constitutivos del genocidio, cometidos por órganos o personas diferentes a sus propios agentes lo fueron, en todo o en parte, según las instrucciones o bajo la dirección o el control efectivo de este Estado. Así se presenta hoy el derecho internacional consuetudinario en la materia, tal como se refleja en los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado.

te gran importancia esta disposición ya que, además de recalcar la atribución de la responsabilidad a la circunstancia del control efectivo, es importante para determinar la responsabilidad en los casos de operaciones autorizadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las UN que se llevan a cabo bajo el control de determinados Estados, en cuyo caso salvo convenios expresos, la responsabilidad se determinará en cada caso según el grado de control efectivo ejercidos por las partes en la operación de que se trate

b. Existencia del Estado. Existe un Estado para el Derecho Internacional cuando una autoridad ejerce un poder efectivo sobre unas personas y un territorio. Tradicionalmente se exige que uno de los elementos del Estado, su organización jurídica política, sea efectiva. Esta efectividad es, “*en principio, el criterio determinante del reconocimiento*”<sup>37</sup>. También en casos de adquisición de territorios un Estado extiende su autoridad sobre un territorio hasta entonces “*nullius*”, si sus órganos ejercen en él una autoridad efectiva.

c. Delimitación del territorio del Estado. En los casos de delimitación de territorios, para la fijación de los límites, cuando no existen tratados sobre la materia o los existentes son oscuros o deficientes, las fronteras se fijan entonces con arreglo a la situación de hechos indiscutibles (principio de efectividad) El principio del *uti possidetis iuris* no debe entender como un principio absoluto. Sin embargo, en el aspecto referido, como en otros, el principio de efectividad juega un rol importante, que se acentúa en situaciones como la prescripción adquisitiva, la preclusión o el estoppel.

d. Reconocimiento de nuevos gobiernos. El Derecho Internacional adopta una posición neutral con relación a los requisitos que debe reunir un gobierno para ser reconocido, salvo el de su efectividad, esto es, que controle efectivamente un determinado territorio<sup>38</sup>. Se considera existente un gobierno cuando efectivamente impera sobre el territorio y la población de un Estado. No cabe duda de que la prueba de estabilidad requerida al nuevo gobierno, “*se reduce cada vez mas a la simple exigencia*

---

<sup>37</sup> De Visscher. ob. cit. “Los Estados extranjeros se consideran obligados a reconocer a un Estado nuevo cuando su organización independiente la consideran fundada sobre bases sólidas...”.

<sup>38</sup> Carrillo Salcedo, J. ob. cit., pág. 49.

*de la detentación exclusiva del poder, con ausencia de resistencia interior a su ejercicio”. El elemento determinante del reconocimiento está dado por “la nota de la efectividad del poder”<sup>39</sup>.*

#### 4.2. *Función modificativa ó “revisionista”*

La función revisionista o modificativa del principio de efectividad se traduce en los cambios operados por la práctica de los Estados (efectividades) que producen una variación en el contenido y alcance de una norma jurídica. En efecto, esta función revisionista queda patentizada, por ejemplo, como se ha expresado anteriormente, en el derecho consuetudinario y en el derecho de los tratados (específicamente en materia de interpretación), que pueden dar lugar a la revisión de reglas jurídicas, modificando el derecho internacional al formular nuevas normas de derecho. Prueba de lo expresado son algunas decisiones de los Estados con referencia a sus competencias estatales fundadas en el principio de efectividad. Ejemplo de ello, es la afianzamiento del concepto de zona económica exclusiva en su extensión de 200 millas, logrado a través de efectividades de los Estados, que se consolida convencionalmente en la Convención de Jamaica de 1982<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> De Visscher, ob. cit. pag. 257.

<sup>40</sup> La proclama del Presidente Truman del 28 de setiembre de 1945 por la que los EEUU reclamaba su derecho sobre las pesquerías en ciertas áreas de alta mar adyacentes a su mar territorial generaron que otros Estados efectuaran reclamaciones sobre su mar epicontinental (Méjico 1945 y Argentina 1946). Chile y Perú en 1947, también inspirados en la proclama Truman, decidieron aprovechar de las aguas suprayacentes en una suerte de compensación por la desventaja geográfica, y arguyendo que sus poblaciones dependían de la explotación de los recursos pesqueros, fijaron una zona de 200 millas marinas. Esto produjo una reacción en cadena: Costa Rica (1949 y 1972), El Salvador (1950), Brasil (1950 y 1970), Honduras (1951), Ecuador (1955 y 1966), Nicaragua (1965), Argentina (1966), Panamá (1967), Uruguay (1969), Méjico y Guatemala (1976) Cuba y Venezuela (1977). Si bien hubo una oposición expresa de las potencias en las distintas conferencias en que se trató el tema, en el año 1967 se crea en Naciones Unidas un Comité para tratar cuestiones sobre el derecho del mar incluyéndose el de la zona económica de 200 millas.

### 4.3. *Función adjudicativa*

El problema de la efectividad, como base de la validez de los títulos jurídicos, constata que a pesar del principio del efecto relativo de los Tratados, las situaciones jurídicas convencionales dotadas de una cierta efectividad tienen un efecto contra terceros. Por otra parte, la desaparición de la efectividad de un título jurídico, tiende a suprimir su validez.

El principio de efectividad permite ajustar, en el orden internacional los conflictos de títulos jurídicos: el título, cuya efectividad esta establecida de manera durable, tiende poco a poco a fortalecer su validez y a tener prioridad sobre los que la efectividad no es mantenida. Esto es lo que sucede en los conflictos de competencia y en los tratados incompatibles.

La función adjudicativa de la efectividad ha sido esgrimida por la Corte Internacional de Justicia como principio de solución de conflictos entre títulos jurídicos. Por ejemplo en materia de nacionalidad (*caso Nottebohm*)<sup>41</sup>, y de controversias territoriales (casos Burkina Faso y Mali (1986)<sup>42</sup>, *Asunto de la controversia fronteriza terrestre insular y marítima* (El Salvador c. Honduras, 1992)<sup>43</sup> y *caso de soberanía de las islas Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia c. Malasia)<sup>44</sup>.

En los casos de protección diplomática, en supuestos de personas físicas, el criterio para determinación de la legitimación activa para promover la acción, ha sido la nacionalidad real y efectiva, es decir aquella que se fundamenta en un vínculo mas estrecho entre la persona lesionada y el Estado en cuestión. Desde el caso *Nottebohm* los jueces internacionales han dado preferencia a la nacionalidad efectiva, es decir aquella que se apoya en lazos de hecho más estrechos entre el sujeto lesionado y el Estado que pretende ejercer la acción de amparo diplomático.

En materia de delimitación de territorios, la necesidad de dotar de permanencia y seguridad a los límites internacionales, ha dado lugar en el

---

<sup>41</sup> CIJ, *Reports*, 1955. (Liechtenstein c. Guatemala).

<sup>42</sup> *Asunto de la controversia fronteriza* (Burkina Faso/República de Mali). CIJ *Reports*, 1986.

<sup>43</sup> *Asunto de la controversia fronteriza terrestre insular y marítima* (El Salvador / Honduras. CIJ, *Reports*, 1992.

<sup>44</sup> CIJ, *Reports*, 2002, (Indonesia c. Malasia).

orden internacional al principio de “estabilidad de las fronteras”<sup>45</sup> y, en su caso, al de “intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización”. En virtud de estos principios los Estados tienen la obligación jurídica de respetar las fronteras internacionales, operando como una limitante a su voluntad y discrecionalidad en el momento de fijar las fronteras territoriales<sup>46</sup>. La soberanía territorial de un Estado puede ser adquirida mediante distintos procedimientos y títulos que respeten en todos los casos dos premisas: la condición jurídica anterior del territorio y la forma en la toma de posesión del mismo por parte del Estado. En ambos casos las pautas en la adquisición del territorio, teniendo en cuenta las particulares circunstancias de cada caso concreto, están íntimamente vinculadas con el principio de efectividad<sup>47</sup>, es decir el ejercicio efectivo de las funciones estatales sobre el territorio en cuestión.

---

<sup>45</sup> El principio de intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización en materia de atribución y demarcación de territorios, tuvo amplia repercusión internacional al ser alegado por los Estados americanos como sucesores de España y Portugal y fue aplicado en numerosos tratados de límites y arbitrajes en América. En todos los casos se invocó el principio del *uti possidetis iuris*. Esta expresión fue utilizada en Roma para proteger la posesión (*uti possidetis...como poseéis, así poseeréis*) a los fines de la fijación de los límites basándose en el territorio que poseían al tiempo de la independencia de la metrópoli de la que dependían. De este modo los Estados americanos se consideraron poseedores de los territorios que pertenecían de *iure*, en el momento de la declaración de su independencia, a los reinos de España y Portugal, de acuerdo a los límites de naturaleza administrativa de sus respectivas provincias o reparticiones. El *uti possidetis*, ha sido alegado por los Estados americanos a fin de constatar que en determinadas épocas (fechas de la independencia de la metrópoli), los límites de los nuevos Estados respondían a las demarcaciones administrativas del Estado predecesor.

<sup>46</sup> Los tratados de límites tienen una naturaleza especial de permanencia en el tiempo. Tanto la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados (1969), como la Convención de Viena de 1978 sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados contienen normas sobre el particular (art.62.2. y art.11, respectivamente). Estas reglas convencionales no hacen más que ratificar que los límites no pueden fijarse ni modificarse por la voluntad unilateral de los Estados, sino por acuerdo de partes o normas internacionales.

<sup>47</sup> “... la validez y efectividad de las normas y de las situaciones jurídicas no pueden permanecer separadas de modo indefinido, pues una y otra se fundamentan recíprocamente: de ahí que en Derecho Internacional, la efectividad sirva tanto para justificar el orden establecido como para promover una nueva formulación del Dere-

En los casos de controversias territoriales, es necesario examinar en primer lugar, cual de los Estados reclamantes posee un título mejor que el otro; pero, si la controversia se basa en el hecho de que una de las partes ha ejercido la soberanía, no basta examinar el título originario de la adquisición, sino también que es preciso demostrar que dicha soberanía territorial ha continuado existiendo y que existió en el momento considerado como crucial (fecha crítica) para la decisión de la controversia. Esta prueba de soberanía territorial efectiva, sólo puede ser acreditada mediante el despliegue de actividades estatales que son propias únicamente del soberano territorial<sup>48</sup>.

La interrelación y efectos jurídicos entre títulos (principio del *uti possidetis*) y efectividades en sus diferentes hipótesis, han sido sistematizados en forma sobresaliente por el Tribunal Internacional de Justicia en el *asunto de la controversia fronteriza entre Burkina Faso y Mali* de la siguiente manera: a) Que el hecho se corresponda exactamente con el derecho, es decir, que una administración efectiva sea adicional al *uti possidetis iuris*. En este caso, la “efectividad” interviene únicamente para confirmar el ejercicio del derecho nacido de un título jurídico; b) Que el hecho no se corresponda con el derecho, es decir, que el territorio objeto de la controversia, sea administrado efectivamente por un Estado distinto del que posee el título jurídico. En este caso, debe darse preferencia a quién detenta la titularidad del título; c) Que el hecho (efectividad), no coexista con ningún título jurídico. En este caso, debe tomarse en consideración tal “efectividad” a los fines de resolver la cuestión; d) Que el título jurídico no sea suficiente para determinar en forma precisa la extensión territorial a la que se refiere. En este caso, las “efectividades” juegan un papel esencial para indicar como se interpreta el título en la práctica.

El proceso de descolonización americana que comienza en el Siglo XIX motivó numerosos conflictos territoriales (algunos todavía vigentes),

---

cho o un principio de solución entre títulos jurídicos...”. Carrillo Salcedo, ob. cit., citando a Charles de Visscher, *Les effectivités du Droit international public*, Paris, 1967.

<sup>48</sup> *Asunto de la Isla de Palmas*. Sentencia arbitral, 1928. (Países Bajos c. EEUU).



mucho de los cuales devinieron de la aplicación del principio del *uti possidetis iuris* y su relación con las efectividades. Entre ellos se destaca el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 1992 en el *asunto de la controversia territorial, insular y marítima entre El Salvador y Honduras*. En esta decisión, la Corte ratifica el valor confirmativo de las efectividades al establecer que aunque las Partes hubieran aludido al principio de *uti possidetis* éste no podía aplicarse dado ciertas lagunas y ambigüedades presentadas en las evidencias por las Partes sobre ciertas islas del Golfo de Fonseca y, por tanto, recurriría a las efectividades post-coloniales junto con algunas conductas que pudieran considerarse como aquiescencia de dichas efectividades. La Corte concluyó que no existía ocupación sobre esas islas dado que no eran *res nullius*<sup>49</sup>, por lo que las efectividades post-coloniales darían cierta luz a la situación legal confirmando el título jurídico de alguno de los Países que rodeaban el Golfo de Fonseca<sup>50</sup>. En principio, cuando existe un título como el del *uti possidetis*, éste tiene preeminencia sobre las efectividades; pero, como en este caso ambas partes tenían el mismo título (*uti possidetis*), cobra importancia los actos efectivos que realizaron las partes en el período inmediatamente posterior al acceso a la independencia. Y a pesar de lo sostenido por una parte autorizada de la doctrina en el sentido de que la fecha crítica y el *uti possidetis* son nociones conceptualmente excluyentes<sup>51</sup>, en el presente

---

<sup>49</sup> La Corte manifestó que para que una ocupación sea considerada como fundamento de soberanía territorial es preciso que en el momento en que se haya producido el hecho físico de ocupación el territorio no debe pertenecer a nadie (debe ser *res nullius*), la ocupación se haya hecho efectiva y con carácter soberano, es decir que haya habido *corpus* y *animus* de poseer.

<sup>50</sup> En este caso, las Partes poseían el mismo título jurídico derivado de la sucesión de España (*uti possidetis iuris* de 1821), pero siendo, en ciertos casos, confuso e incierto para determinar acabadamente los límites basados en dicho título en esa fecha, el principio de efectividad cobra valor para la delimitación de los territorios controvertidos entre las Partes. Ante un título de igual valor, prevalecerá, a los fines de la atribución de la soberanía territorial, el del Estado que haya ejercido efectivamente las competencias estatales sobre ese territorio.

<sup>51</sup> *Uti possidetis* y fecha crítica se presentan como dos nociones conceptualmente excluyentes la una de la otra, pues —al menos en los contenciosos de atribución— el *uti possidetis* contempla exclusivamente el título jurídico histórico, a saber, los límites existentes en la época colonial anterior a la adhesión a la independencia; por el

diferendo la Corte asimila el concepto de fecha crítica con la fecha del *uti possidetis*. Partiendo de esa fecha, analiza las efectividades posteriores a la misma realizada por las Partes y su comportamiento recíproco en relación con tales efectividades, para en definitiva determinar si tales efectividades o comportamientos produjeron una variante en la estricta aplicación del *uti possidetis*. Ambas partes acordaron en que las “efectividades” cumplen una función de confirmación de los límites relacionados con el principio del *uti possidetis iuris*, invocando la sentencia de la Corte en el *asunto de la Controversia fronteriza entre Burkina Faso y Mali* (1986), a propósito de la relación entre “títulos” y “efectividades”<sup>52</sup>.

En el *asunto de Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia c. Malasia)* (2002), la CIJ otorgó a las efectividades un valor confirmador de un título jurídico e incluso previó que a falta de éste, el ejercicio de efectividades podía ser factor de atribución de soberanía. Con el fallo de 2002 sobre la cuestión planteada por Indonesia y Malasia la Corte reafirmó la función sustitutiva de las efectividades ya que los títulos jurídicos alegados por las partes fueron insuficientes para determinar la soberanía de las islas en cuestión. “*En materia de efectividades, cuando éstas asumen una función sustitutoria, el hecho de que el territorio sea consideraba res nullius deja de ser una condición previa para la operatividad de la ocupación efectiva siendo necesario solamente la constatación del corpus y del animus occupandi*”<sup>53</sup>.

---

contrario, la fecha crítica se vincula o bien a un título jurídico diferente o mas generalmente al ejercicio pacífico y continuo de las funciones estatales sobre el territorio objeto de la controversia.

<sup>52</sup> Cabe hacer notar que existían diferencias importantes entre dicho asunto y el presente. En efecto, en primer lugar en el asunto de *Burkina Fasso-Mali* se refirió (*inter alia*) a la hipótesis de un territorio en disputa bajo administración de un Estado (no una subdivisión colonial, como esta controversia) mientras otro posee el título jurídico; en segundo lugar, En ese asunto la Sala (la Corte) se ocupó de las “efectividades coloniales”, es decir, del comportamiento de las autoridades administrativas en la época colonial (período temporal inmediatamente anterior a la fecha crítica), mientras que en esta controversia los actos invocados por El Salvador tuvieron lugar después de la independencia de los dos Estados (período inmediatamente posterior a la fecha crítica).

<sup>53</sup> Del Toro Huerta, Mauricio Ivan, “El tema de las efectividades en el caso concerniente a la soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan entre Indonesia y Malasia”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional Vol V, 2005.

## Conclusiones

El principio de efectividad es un tema debatible en el derecho internacional. En efecto, los puntos de vista fluctúan desde los que lo niegan como tal, hasta aquellos que sostienen que es un presupuesto para la existencia del derecho internacional. Por nuestra parte, entendemos que el principio existe aunque con determinados límites. La efectividad del derecho internacional está fundada en el carácter descentralizado de la comunidad internacional y, por ende, en la necesidad que tienen los Estados de preservar su existencia. Una posición, extrema fundada en la teoría jurídica de que solo las reglas efectivas pueden ser calificadas de reglas jurídicas, atribuye a la efectividad las consecuencias jurídicas deseadas por sus autores a toda clase de hechos productores de una situación nueva, o de un cambio de una preexistente. Sin embargo, es necesario aceptar que el principio de efectividad, como el mismo derecho internacional, es relativo, sin dejar de reconocer que el mismo se torna indispensable y condicionante para validar numerosos hechos o situaciones. En efecto, sin dejar de reconocer y aceptar la regla "*ex iniuria non oritur ius*", no es menos cierto que en la realidad muchas situaciones pueden justificarse, mediante la evaluación de otras circunstancias, especialmente el transcurso del tiempo y el reconocimiento de los demás Estados. En definitiva, el principio de efectividad, como tantos otros principios, rige en el marco y condiciones que el propio derecho internacional establece. Hay que conciliar la tirantez, siempre presente, entre las normas internacionales y los hechos y conductas que ellas están destinadas a regular; conciliar la aplicación de dos principios: el de efectividad y de legalidad.

Por otra parte, es innegable que el principio de efectividad tiene importancia en las distintas fuentes del derecho internacional: tratados, costumbre, actos unilaterales, etc. Para parte de la doctrina, no solo tiene influencia, sino también opera como fundamento y fuente de obligaciones internacionales, ya que vale tanto para justificar el orden jurídico establecido como para promover una nueva formulación de normas jurídicas. En lo que respecta a los tratados tiene influencia en materia de oponibilidad de los mismos a terceros Estados, bien sea porque normas convencionales se convierten en obligatorias para terceros por transformarse en derecho consuetudinario en virtud de la interacción existente entre ambas fuentes, bien por la naturaleza misma de ciertos tratados cuyas disposiciones son oponibles a terceros Estados. También el principio de efectividad tiene una enorme importancia en materia de interpretación de los tratados. Prueba de ello es el artículo 31. 2. b) de la Convención de Viena

de 1969 sobre el derecho de los tratados que establece que a los fines de la interpretación de un tratado deberá tenerse en cuenta junto con su contexto ...*b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.* Las prácticas ulteriores (efectividades) cuando son seguidas por la mayoría de las partes, constituyen un elemento decisivo para determinar el sentido y alcance de los términos un tratado. Con respecto a la costumbre las efectividades juegan un rol decisivo como fundamento de validez de la misma como fuente del derecho. Tampoco se puede negar su existencia respecto si constituye un principio general de derecho como fuente, en cualquier de sus connotaciones, ya sea provenientes de los derechos internos de los Estados, o del propio derecho internacional. En este último caso, ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional en numerosos pronunciamientos sobre diferentes instituciones y, como hemos expresado, en materia de interpretación de tratados, se ha destacado que el principio de efectividad significa un elemento convincente para probar la buena fe de las partes. En lo referente a los actos unilaterales como fuente, es indiscutible el valor del reconocimiento y la aquiescencia para validar la efectividad de ciertas situaciones, subsanando mediante estos actos el vicio de origen.

Hemos destacado también las distintas funciones que el principio de efectividad cumple en el derecho internacional: constitutiva, modificativa y adjudicativa. La primera queda patentizada en diferentes instituciones tales como responsabilidad internacional, existencia del estado, delimitación de territorios, reconocimiento de nuevos gobiernos, etc. La segunda (modificativa ó “revisionista”), en las que las efectividades se traducen en cambios operados por la práctica de los Estados (efectividades) que producen una variación en el nacimiento, contenido o alcance de una norma jurídica. La última, posee una gran importancia, destacada por la jurisprudencia internacional, en materia de controversias territoriales. En tal sentido pueden crear un título, confirmarlo o interpretarlo.

Para finalizar, diremos citando a Carrillo Salcedo que el Principio de Efectividad aparece como un factor de objetivación en un mundo dominado por el voluntarismo de los Estados. La función creadora de la efectividad resulta innegable como un hecho del que la voluntad de los Estados no puede dejar de lado. *“No todo el derecho internacional puede quedar reducido al producto del consentimiento de los Estados”*<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Carrillo Salcedo, J. ob. cit., pág. 194.

**UNASUR**  
**CAMBIOS DE LA ESTRUCTURA POR EDADES DE LA**  
**POBLACIÓN. BASES COMUNES PARA LA PROMOCIÓN,**  
**PROTECCIÓN Y REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE**  
**LAS PERSONAS DE EDAD**

Luis Cruz PEREYRA

*“Para añadir vida a los años que se han añadido a la vida no bastan las medidas de asistencia social si no van acompañadas del respeto a los derechos de los mayores como personas. Derechos universales pero que proyectados sobre el grupo particular de las personas de edad, han de interpretarse a la luz de los principios complementarios de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad”<sup>1</sup>.*

**Sumario:** Introducción. I. Estructura demográfica de la población de la umasur. II.- la protección internacional de las personas de edad o adulto mayor. A. Concepción de las personas mayores como sujetos de derecho. III. Las personas de edad en los instrumentos internacionales de derechos humanos en los ámbitos internacional, regional y nacional. A. Los derechos de las personas de edad en el Sistema Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. B. Los derechos de las personas de edad en los Sistemas Regionales de Derechos Humanos. 1. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2. Declaración de Tres Ríos de la Sociedad Civil de América Latina y el Caribe sobre Envejecimiento. 3. Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe. 4. Los Derechos de los Adultos Mayores en la Unión de Naciones Suramericanas y Mercosur. C. Normatividades nacionales. IV. Hacia una Convención de derechos de las personas mayores. V. Reflexiones finales.

---

<sup>1</sup> Pérez Vera, ELISA, La protección de los Mayores de edad en el Umbral del Siglo XXI (Reflexiones desde el Derecho Internacional Privado), Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Granada, 2000, p. 15.

Previo al desarrollo del tema elegido para este libro Homenaje quiero, a través de una sencilla reflexión agradecer a la Profesora Dra. Zlata Drnas de Clément, por su labor como “Maestra-Investigadora” en las dimensiones de los Derechos Internacional Público, Comunitario y de la Integración. Su constante tarea formando a los universitarios y graduados que han transitado y transitan por las aulas de la Universidad Nacional de Córdoba y otras Universidades del país y del extranjero, avalan su solvencia científica, académica y pedagógica.

*La Dra. Drnas de Clément es una mujer llena de talento, energía y encanto. Siempre he admirado su dignidad sin claroscuros y su cultura. A medida que he ido desarrollando mi vocación por la docencia universitaria y la investigación jurídica he aprendido a valorarla en toda su dimensión. Se retira de las aulas en la plenitud de su capacidad creadora y cuando todavía la cultura jurídica nacional espera de ella, la contribución que los Maestros del Derecho comienzan a elaborar en los años de madurez.*

*Me enorgullezco de ser su amigo, por el sentido ético que impregna su vida, por la rectitud de su conducta y por su espíritu valiente, pluralista, optimista y reflexivo. Agradezco a los Profesores Dres. Ernesto Rey Caro y María Cristina Rodríguez por la invitación a participar en este Libro Homenaje.*

## **Introducción**

Con la entrada en vigor del Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas-UNASUR<sup>2</sup>, los 12<sup>3</sup> países han dado un paso significativo en la consolidación de una instancia privilegiada de diálogo político regional, que nos permitirá construir consensos y tender puentes de

---

<sup>2</sup> Suscripto en la ciudad de Brasilia, República Federativa de Brasil, el 23 de mayo de 2008. Para su entrada en vigor se requiere la ratificación de al menos nueve países. Con la aprobación de Uruguay como noveno Estado, entró en vigencia el 11 de marzo de 2011. Dentro de las iniciativas impulsadas por la UNASUR se cuenta la

cooperación para enfrentar con mayor fortaleza los retos comunes a nuestro desarrollo.

Consideramos que es importante brindar a la opinión pública –autoridades, académicos, y estudiantes-, una perspectiva global de los temas centrales de la agenda del desarrollo de las Naciones Suramericanas. Los mismos deben estar relacionados con las problemática socioeconómica de la región, a fin de dar un panorama de las similitudes y asimetrías que caracterizan la situación de los países y afectan las condiciones iniciales para impulsar un proceso de cooperación intrarregional.

De ahí la importancia y necesidad de conocer algunos indicadores de desarrollo e inclusión social que permiten dibujar el escenario a partir del cual se pueda crear y consolidar espacios de cooperación e intercambio que contribuyan a hacer realidad el sueño de una América del Sur más integrada, justa y solidaria. Para lograr ese objetivo, es necesario realizar un análisis de la economía de la región y de algunos indicadores de comercio, integración regional, infraestructura física, energía, medio ambiente, y de las oportunidades de cooperación entre los países que integran la UNASUR.

Unos de los grandes temas en la sociedad de nuestros días es el progresivo envejecimiento de la población, que ha provocado que el número de personas mayores aumente. El envejecimiento poblacional constituye una revolución demográfica que es necesario conocer y potenciar. Vivir más años es un logro histórico que debe reflejarse en: readecuación de las políticas públicas, formulación de las legislacio-

---

elaboración del Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de UNASUR sobre Compromiso con la Democracia, suscripto en la ciudad de Georgetown, República Cooperativa de Guyana, el 26 de noviembre de 2010. Para su entrada en vigor se requiere la ratificación de al menos 9 países miembros. Ecuador, por tener la sede de UNASUR, es el país depositario de los instrumentos de ratificación. Argentino depositó el instrumento de ratificación el 27 de noviembre de 2012.

<sup>3</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, Guyana y Surinam. Perú es la nación que ejerce la Presidencia pro t mpore del bloque regional. Debemos recordar que Paraguay, fue suspendida del ente luego de que el Congreso de la Nación destituyera al Presidente Fernando Lugo en un juicio político.

nes nacionales, organización de la sociedad, adecuación de las respuestas diferenciadas de los Estados a los cambios de la estructura por edades de la población.

Como una herramienta fundamental para superar los efectos de la crisis global y mejorar las condiciones socioeconómicas de la región, consideramos relevante atender a la realidad demográfica actual de América Latina<sup>4</sup> y del Caribe<sup>5</sup>, para lo cual, resulta necesario, señalar el panorama demográfico de la región, la estructura por edades, y la tendencia en términos de transición demográfica.

A tal fin, tomaremos en cuenta, el esquema de análisis de los Documentos de la CEPAL<sup>6</sup> los cuales se apoyan en abundante material gráfico, que ilustra los principales mensajes del diagnóstico: el progresivo envejecimiento de la población y sus posibles repercusiones en materia de políticas de promoción y protección de los derechos de las personas mayores/de edad.

Este proceso de envejecimiento, uno de los más acelerados del mundo, puede caracterizarse por dos fenómenos propios de las últimas décadas: la *baja de las tasas de fecundidad* y el *aumento de la esperanza de vida*. Aunque a corto plazo la región registrará una baja de la relación de dependencia demográfica total (el número de niños y adultos mayores por cada persona en edad de trabajar), ya en el 2025 el proceso de enve-

---

<sup>4</sup> A los efectos de este trabajo, consideramos que América Latina está compuesta por la Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), el Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, el Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, el Paraguay, el Perú, la República Dominicana, el Uruguay y Venezuela (República Bolivariana de).

<sup>5</sup> A los efectos de este trabajo, el Caribe está compuesto por las Antillas Neerlandesas, Aruba, Bahamas, Barbados, Belice, Granada, Guadalupe, la Guayana Francesa, Guyana, las Islas Vírgenes de los Estados Unidos, Jamaica, Martinica, Puerto Rico, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, así como por otros países o territorios de los que no se dispone de información específica (Anguila, Antigua y Barbuda, Dominica, las Islas Caimán, las Islas Malvinas, las Islas Turcas y Caicos, las Islas Vírgenes Británicas, Montserrat y Saint Kitts y Nevis).

<sup>6</sup> Comisión Económica para América Latina- CEPAL



jecimiento pasará a dominar la fecundidad y la tasa global de dependencia de la región aumentará persistentemente<sup>7</sup>.

Los analistas de la Organización de Naciones Unidas-ONU, han estado siguiendo y analizando las ramificaciones de estas tendencias en diferentes ambientes, situaciones económicas y regiones. En las regiones más desarrolladas, las personas mayores ya superan a los jóvenes. Aunque el mundo desarrollado ha envejecido gradualmente en el último siglo, la transformación en la estructura de edades aún es un desafío en cuanto al descenso proyectado en la proporción de las personas de edad de trabajar, respecto de las que no están dentro de esa franja de edad, a efectos de pensiones, sistemas de seguridad social y cuidado de la salud.

La protección de los derechos de los varones y las mujeres mayores de edad forman parte de la misión del Fondo de Población de Naciones Unidas –UNFPA, que apoya a los países de la región en la elaboración de estudios sobre la población envejeciente, los cambios legislativos y la gestación de políticas públicas para mejorar su calidad de vida.

Las últimas proyecciones indican que para el año 2050, uno de cada cuatro latinoamericanos y latinoamericanas va a tener más de 60 años. Una de las características de la región es la feminización de la vejez: actualmente, por cada 100 mujeres adultas mayores hay 82 varones y entre los 70 y los 80 años la brecha es mayor, una tendencia que los analistas aseguran que se profundizará en los próximos años<sup>8</sup>.

En los países en desarrollo, el ritmo de envejecimiento es más rápido; en éstos, se espera que la población de personas de edad se cuadruplique en los próximos 50 años. Esas naciones tendrán que hacer frente a restricciones de recursos, a medida que se confrontan los retos simultáneos

---

<sup>7</sup> La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad CEPAL Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/G.2295(SES.31/4)/E Febrero 2006 *Documento presentado en el XXXI período de sesiones de la CEPAL, en Uruguay, entre el 20 al 24 de marzo de 2006. 20 al 24 de marzo, p. 114.* <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/24079/lcg2294e.pdf>

<sup>8</sup> Hacia una Convención Sobre los Derechos de las Personas Mayores que proteja a las mujeres, equipo de UNFPA Argentina [unfpa.org/2009/03/16/688/](http://unfpa.org/2009/03/16/688/) [Http://argentina.unfpa.org/2009/03/16/688/equipo\\_de\\_unfpa\\_argentina/](http://argentina.unfpa.org/2009/03/16/688/equipo_de_unfpa_argentina/)

de desarrollo y envejecimiento de la población. Es evidente que los países más ricos, así como en los más pobres, la revolución demográfica ejercerá su influencia sobre todos los ámbitos de la vida cotidiana y afectará, por ende, a hombres, mujeres y niños.

En la región se registra el inicio de una fase de rápido envejecimiento de la población, que pone de relieve la importancia que adquirirá la satisfacción de las necesidades de consumo y atención de la salud de un número creciente de adultos mayores. Este fenómeno ejercerá una considerable presión sobre el financiamiento, tanto de los sistemas contributivos basados en el reparto como de los sistemas de pensiones no contributivas.

Por tal motivo, consideramos que en el ámbito de la UNASUR es indispensable situar los esfuerzos de promoción, protección y realización de los derechos de las personas mayores/de edad en el marco de la construcción de una sociedad más inclusiva, cohesionada y democrática. Para ello, es imperioso fortalecer el intercambio de conocimientos y experiencias sobre los avances y desafíos que hay en materia de vejez y envejecimiento, que permita progresar, de manera efectiva, en la construcción de una *sociedad para todas las edades*.

Las transformaciones demográficas implican cambios cuantitativos y cualitativos en la organización de las sociedades. En última instancia, la transición demográfica lleva a replantearse el equilibrio en la ecuación *Estado-mercado-familia*, puesto que, a medida que cambia la distribución por edades de la población, hay que reconfigurar la manera en que intervienen estos tres agentes en la provisión del bienestar y en el desarrollo de capacidades<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Envejecimiento, solidaridad y protección social: La hora de avanzar hacia la igualdad II. El gran cambio demográfico y el protagonismo de las personas mayores, p. 19 Envejecimiento, solidaridad y protección social. La hora de avanzar hacia la igualdad. Tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe, San José de Costa Rica, 8 al 11 de mayo de 2012, CEPAL. P. 21. Distr.: Limitada • LC/L.3451(CRE.3/3) • Abril de 2012 • Original: Español • 2012-113 © Naciones Unidas • Impreso en Santiago, Chile.

## I. Estructura demográfica de la población de la UNASUR

El envejecimiento de la población tiene un importante efecto en el ámbito económico, familiar, social y político.

Según opinión de los demógrafos de la ONU, es muy probable que, en un plazo de 50 años, haya por primera vez en la historia más personas mayores de 60 años que niños menores de quince. Mientras ahora una de cada diez personas tiene menos de 60 años, en el año 2050 la proporción será de una por cada cinco. Y se espera que las cifras de los que tienen más de 80 años (“personas de edad mayores”) se quintuplique. Como puso de relieve el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en 1995, la población mundial envejece de forma espectacular: el número de personas mayores de 80 años era de sólo 13 millones en 1950, mientras que hoy supera los 50 millones y se calcula que en el año 2025 serán 137 millones.

A nivel mundial, debemos reconocer que el hecho de estar viviendo más años no es un problema sino un logro. Este hecho, naturalmente, demanda ciertos cambios de actitudes. Las personas de edad, veneradas y protegidas en algunos lugares, en otros, son denostadas, arrinconadas abandonadas y víctimas de abusos físicos, psíquicos y financieros.

Respecto al ámbito regional, según la estimación y proyección de la población del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía-CELADE<sup>10</sup>, la población total de la UNASUR a mediados del Siglo XX era de 111.745.999 habitantes. En el año 2010 esta población aumentó a 391.841.958 habitantes, que representa alrededor del 5,7% de la población mundial y el 68% de la población de América Latina. Se estima que en el año 2015 la población total de los países que integran la UNASUR será de 443.918.480 y que en el año 2050 alcanzará a 482.242.516 personas. El ritmo de crecimiento de la población de UNASUR ha ido disminuyendo con los años. En el período 1950-1975, la UNASUR registró una tasa de crecimiento total de 2,6%, sin embargo, para el quinquenio 2010-2025 se aprecia una reducción de la tasa de crecimiento de la población pues se ubica en un 0,8%, y se espera que esta tasa se reduzca aún más entre los años 2025-2050 en que se registrará un valor de 0,3%.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> División de Población de la CEPAL

<sup>11</sup> Fuente: CEPAL, sobre la base de estimaciones y proyecciones del CELADE

En conjunto, los países de la UNASUR tienen 391.841.958 habitantes, que representan el 68% de la población de América Latina.

En cuanto a la migración internacional entre los países que integran UNASUR, se observa que, prácticamente, concentran el grueso de los intercambios intrarregionales de América Latina; en tanto la frecuencia relativa a la migración interna, está bajando, lo que puede deberse, entre otros factores, a su sustitución por la migración internacional<sup>12</sup>.

El avance de la transición demográfica ha ocasionado un descenso del ritmo de crecimiento de la población –aunque la población seguirá incrementándose– y una estructura por edad cada vez más envejecida. Los cambios de la tasa de crecimiento así como la estructura demográfica de la población se deberá: a) al descenso sostenido de la mortalidad, y b) especialmente de la fecundidad. Ambas variables han influido en estos cambios demográficos que se han desarrollado con mayor intensidad en algunos países de la UNASUR. En el período 1950-1955 la Tasa Global de Fecundidad (TGF) se ubicaba en 5,5 hijos por mujer, mientras que en el quinquenio 2010-2015, la TGF se ubica en 2,2 hijos por mujer. Se considera que en los próximos 15 años esta Tasa seguirá disminuyendo y se ubicará por debajo del nivel de reemplazo de la población, al estimarse que las mujeres tendrán un promedio de 2,0 hijos en el quinquenio 2025-2030.

Los Países de UNASUR han realizado enormes esfuerzos para aumentar las esperanzas de vida al nacer: en el año 1950 las esperanzas de vida al nacer para ambos sexos no superaba los 60 años, mientras que entre los años 2010-2015 la esperanza de vida al nacer se aproxima a los 74 años, siendo 71 años para los hombres y de 77 años para las mujeres. Por cierto, entre los países existen diferencias: la esperanza de vida al nacer más alta se registra en Chile (79 años) en tanto que Bolivia presenta la cifra más baja (67 años). Según las proyecciones realizadas por los demógrafos de Naciones Unidas, en los próximos 30 años la población seguirá ganando años de vida, estimándose que en el quinquenio 2040-2045 la esperanza de vida al nacer será de 79 años, aunque se mantendrá la diferencia entre hombres y mujeres y entre los países.

---

<sup>12</sup> UNASUR, un espacio de desarrollo y cooperación para construir, I Población. Alicia Barrera, Secretaria Ejecutiva Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), María Emma Mejía, Secretaria General UNASUR, LC/L3339, Mayo 2011, Naciones Unidas, impreso Santiago de Chile 2011-368

Por otra parte, la estructura por sexo de la población de los países de UNASUR tiende a presentar un número levemente mayor de mujeres que de hombres. Para el año 2010 el índice de mortalidad es de 97,6% de hombres por cada 100 mujeres. A causa de la mayor mortalidad masculina (característica de la región) se considera que este índice descenderá levemente en el año 2025, ubicándose en 96,9% la mortalidad de hombres por cada 100 mujeres.

Para analizar la estructura por edad de la población, se consideran tres grandes grupos: *menores de 15 años, 15 a 64 años y 65 años y más*, teniendo en cuenta que los grupos extremos (menores de 15 y mayores de 64) son grupos potencialmente dependientes. En el año 2010, se constata que el 26,9 % de la población de los países de la UNASUR se ubica en el grupo de 65 años y más, en tanto que el 66,1% de la población pertenece al grupo de 15 a 64 años de edad (población potencialmente activa). De acuerdo a las proyecciones realizadas por el CELADE, la estructura por edad de la población continuará cambiando; así en el año 2025 la proporción de menores de 15 años se reducirá al 21,1% mientras que las edades centrales y superiores seguirán aumentando. En consecuencia, la proporción de personas de 65 años y más llegará al 10,9% mientras que la población de 15 a 64 años representará el 68,1% de la población total de la UNASUR.

Los cambios que experimentará la estructura por edad de la población en solo 15 años (2010-2025) se reflejarán por ejemplo, en el hecho de que la población menor de 15 años se reducirá en términos absolutos, 11.730.897 de personas, que en cifras relativas se traduce en una reducción del 11,1%, mientras que los mayores de 65 años aumentarán 20.632.745, es decir un 75%. Por su parte, el grupo de 15-64 años aumentará un 16,7% que en cifras absolutas se expresa en 43.174.674 de personas que se sumarán a este grupo etario.

En la medida en que avanza la transición demográfica y se producen descensos de la mortalidad, y principalmente de la fecundidad, se asiste a un proceso de envejecimiento y, si bien actualmente tienen alrededor de un 10% de población mayor de 60 años, en 2025 este porcentaje aumentará al 15,6% y en 2040 será del 21,6%. Además, de los 12 países que la integran, 3 se ubican en 2010 en una fase avanzada de envejecimiento; Uruguay (18,4%), Argentina (14,5%) y Chile (13,1%), y se espera que para 2040 los países que actualmente están en una fase más incipiente del envejecimiento superarán el 14% de población de 60 años y más.

Un rasgo sobresaliente del proceso de envejecimiento en la región respecto de la experiencia del mundo desarrollado es la rapidez con que se está produciendo. En los países industrializados se dio de manera paulatina. El tiempo para que se duplicara la proporción de personas de 65 años y más desde un 7% hasta un 14% fue de varias décadas en los países europeos (y nada menos que de 115 años en el caso de Francia). En cambio, en América Latina y la mayoría de los países del Caribe este proceso está siendo mucho más rápido. Por ejemplo, en Brasil y Colombia se producirá ese cambio en apenas dos décadas.<sup>13</sup>

En virtud de lo expuesto, consideramos que es necesario abordar oportunamente el cambio demográfico, especialmente en lo que se refiere a readecuar los recursos para responder a la nueva pirámide por edades, considerando los índices de pobreza y la baja cobertura social, de seguridad social, en la región. Por lo tanto, hay que estar atentos a los problemas urbanos, las desigualdades sociales, la pobreza urbana y el envejecimiento de la población en los países que conforman la UNASUR.

## **II. La protección internacional de las personas de edad o adulto mayor<sup>14</sup>**

El aumento espectacular de la expectativa de vida aunque, en ocasiones, acompañada de una fuerte dependencia familiar, sanitaria y social; el descenso de la natalidad que ha reducido considerablemente el número de miembros de la familia y por tanto el principal potencial protector de este tipo de personas; la carrera por los logros científicos a

---

<sup>13</sup> Envejecimiento, Solidaridad y Protección Social. La Hora de avanzar hacia la Igualdad. Tercera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe, San José de Costa Rica, 8 al 11 de mayo de 2012, CEPAL. P. 21. Distr.: Limitada • LC/L.3451(CRE.3/3) • Abril de 2012 • Original: Español • 2012-113 © Naciones Unidas • Impreso en Santiago, Chile.

<sup>14</sup> El alcance actual de los términos “*persona de edad*” “*persona mayor/ adulto mayor*” a los efectos de la protección jurídica internacional, regional y nacional de las *Personas Mayores/ de edad* comprenda a aquellas personas con edad igual o superior a los 60/65 años.

costa, en ocasiones, del sacrificio de valores y principios naturales del ser humano; el fenómeno migratorio multicausal, que ha llevado a los jóvenes a salir de sus núcleos familiares por imposición de la llamada globalización como fenómeno económico de implicación social, política y cultural y a los mayores a buscar su retiro en lugares apacibles y con condiciones climáticas terapéuticas; la desestructuración de los núcleos familiares fruto de algunas de las causas mencionadas y de otras de fuerte impacto social y familiar; ha provocado un aumento paulatino del número de mayores dependientes en diferente grado, con núcleos familiares reducidos o desestructurados y con grandes limitaciones para hacerse cargo del equilibrio integral físico, emocional, social y económico que necesitan estas personas.

En América Latina y el Caribe, las condiciones de seguridad económica en la vejez son deficientes y desiguales. Ante las fallas de la seguridad social las transferencias familiares, tanto en el hogar como fuera de este, son importantes. Estas asumen diversas formas, que van desde la asistencia monetaria directa hasta el cuidado personal de un pariente enfermo o parcialmente discapacitado. La modalidad de solidaridad familiar más frecuente es la *corresidencia*, que entraña *albergue, alimentación, servicios y compañía*. En la región, la *corresidencia* es frecuente <sup>15</sup>.

Por otra parte, de los datos disponibles parece concluirse que los adultos mayores también ayudan a sus familias. Dado que la mayor parte es jefe de hogar y propietario de la vivienda en que reside, la *corresidencia* entraña economías para las generaciones más jóvenes. Asimismo, estudios anteriores arrojan que las personas mayores son contribuyentes netos al ingreso de su hogar. Según la CEPAL<sup>16</sup>, aproximadamente en un tercio de los hogares urbanos en que los adultos mayores viven con per-

---

<sup>15</sup> Más del 70% de los adultos mayores reside en hogares multigeneracionales; cuando el adulto mayor vive en un hogar encabezado por una persona menor de 60 años, este último es, mayoritariamente, su hijo o hija; apenas un 10% de los adultos mayores vive solo (25% en los países desarrollados), e incluso la mayoría de los adultos mayores solteros no reside en hogares unipersonales, y los índices de residencia institucional son bajos. Este patrón de *corresidencia* multigeneracional significa que la inversión en las personas mayores tiene efectos multiplicadores en las familias

<sup>16</sup> Informe años 000.

sonas de otras edades – que no son sus cónyuges-, éstos aportan más de la mitad del ingreso<sup>17</sup>.

Incorporar a la familia en la protección social de los adultos mayores supone: a) seguir el principio de que la responsabilidad principal está a cargo de los sistema formales de previsión; b) garantizar el principio de la preferencia, para que la coresidencia sea una opción y no una obligación; c) apoyar a la familia, de modo que esta pueda asistir a sus adultos mayores, y d) valorizar la protección familiar, pues entraña costos directos para la familia y determina economías varias para la sociedad<sup>18</sup>.

#### *A. Concepción de las personas mayores como sujetos de derecho*

En términos concretos, cualquier persona está expuesta a sufrir situaciones de pobreza, invisibilidad o fragilización por el solo hecho de pertenecer al grupo etario de sesenta años y más.

Desde inicios de la década de 1990 se observa un cambio de paradigma en el análisis del envejecimiento y la situación de las personas de edad, abordándose ambos temas desde la perspectiva de los derechos humanos.

---

<sup>17</sup> Esta proporción varía de un 17% en la República Bolivariana de Venezuela y un 19% en México a un 39% en Chile y un 46% en Bolivia. Las cifras son aún más elevadas en las áreas rurales y varían entre un 28% en Panamá y un 68% en Argentina. La extensión de los beneficios de la seguridad social en Brasil no sólo ha favorecido a los adultos mayores sino que también ha contribuido a mejorar la situación de sus familias.

<sup>18</sup> Fuente: Eduardo Basso, “Beneficios contributivos e não-contributivos: impactos da previdência social sobre a pobreza”, documento presentado en la Reunión de Gobiernos y expertos sobre envejecimiento en países de América del Sur, Buenos Aires, 14 al 16 de noviembre del 2005; Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) – División de Población de la CEPAL, *Envejecimiento, población y desarrollo* (LC/G.2235(SES.30/16)), Santiago de Chile, 8 de junio del 2004; CEPAL, *Panorama social de América Latina 1999-2000* (LC/G.2068-P), Santiago de Chile, 2000. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.00.II.G.18.



Este enfoque - que ha contado con un amplio respaldo de las Naciones Unidas - plantea fundamentalmente el imperativo ético y normativo de considerar a las personas de edad no como un grupo vulnerable que es objeto de protección, sino como titulares de derechos<sup>19</sup>.

El desafío es enorme, debido a que en el contexto actual, junto con lograr que las personas mayores sean reconocidas como sujetos de derechos, se deben crear reglamentos, políticas e instituciones que les garanticen su pleno goce y ejercicio. Las personas mayores son sujetos de especiales derechos, cuya concreción avanza rápidamente, tanto en el campo del Derecho Internacional, Comunitario y de la Integración, como en el del Derecho de fuente autónoma.

La sociedad y sus instituciones, en términos estructurales e ideológicos, aún no se han adaptado a la nueva composición por edades de la población, y continúan funcionando sobre la base de un imaginario asentado en la juventud. De este modo, la edad de la vejez conjuga una serie de connotaciones negativas (sociales, económicas y culturales) que dificultan la capacidad de las personas de edad —como individuos y como grupo— para lograr la *autonomía* y la *independencia*.

En efecto, las personas de edad como un grupo cuyas características o necesidades específicas lo hacen objeto potencial de discriminación en distintos ámbitos, se encuentran en situación de desigualdad sustantiva respecto del goce de los derechos humanos generalmente reconocidos y son vulnerables, en mayor medida que otros grupos, a violaciones específicas de estos derechos, por lo que requieren una atención especial de los Estados, de los organismos internacionales y de la sociedad civil en su conjunto.

El creciente consenso internacional en torno a ello proporciona también una justificación objetiva y razonable para la adopción de medidas especiales o afirmativas y, en su caso, de ajustes específicos que sean proporcionales a la finalidad de alcanzar la igualdad sustantiva de estas personas y protegerlas frente a situaciones de vulnerabilidad<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Envejecimiento, derechos humanos y políticas públicas, Sandra Huenchuan, Editora, Naciones Unidas CEPAL CELADE Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) Santiago de Chile, abril de 2009, [http://social.un.org/ageing-working-group/documents/ECLAC\\_sp\\_HRand\\_public\\_policies.pdf](http://social.un.org/ageing-working-group/documents/ECLAC_sp_HRand_public_policies.pdf)

<sup>20</sup> Envejecimiento, solidaridad y protección social. La hora de avanzar hacia la igualdad. Tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en

Por ello, consideramos que para lograr un pacto de cohesión social en UNASUR la inclusión de los adultos mayores es condición indispensable.

En el presente trabajo trataremos de resaltar los textos jurídicos de las más importantes organizaciones internacionales que, de una u otra forma, servirán de instrumentos de protección de los derechos de los *adultos mayores o personas de edad*, haciendo un breve análisis de los progresos alcanzados respecto a la incorporación de las personas mayores en los instrumentos internacionales, regionales y nacionales en el marco más amplio de los derechos humanos.

### **III. Las personas de edad en los instrumentos de derechos humanos en los ámbitos internacional, regional y nacional**

Los derechos humanos son consagrados en normas internacionales como declaraciones y tratados así como en reglas mínimas, principios básicos y *soft laws*<sup>21</sup> que establecen contenidos mínimos y alcances consensuados de los derechos protegidos. De esta forma, los Estados asumen el compromiso de respetar los derechos humanos de los individuos y garantizar su goce y ejercicio a todas las personas que están bajo su jurisdicción. Esto es consagrar los derechos humanos como pauta cultural y prevenir las violaciones a los mismos<sup>22</sup>.

La concepción de las personas mayores como sujetos de derecho se inserta en un contexto más amplio de análisis teórico-político referido a la atribución de derechos a ciertos grupos desfavorecidos o vulnerables<sup>23</sup>.

---

América Latina y el Caribe, San José de Costa Rica, 8 al 11 de mayo de 2012, CEPAL Distr.: Limitada • LC/L.3451(CRE.3/3) • Abril de 2012 • Original: Español • 2012-113 © Naciones Unidas • Impreso en Santiago, Chile

<sup>21</sup> *Soft law*, derecho indicativo. Los Estados pueden observar su cumplimiento, pero no están legalmente obligados a ello.

<sup>22</sup> Pinto, MÓNICA “*Los Derechos humanos del niño. La Familia en el nuevo derecho*”, Tema II. Directora Kemelmajer de Carlucci. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2009. Pág. 116.

<sup>23</sup> Mujeres, Niños (as), Personas con discapacidad, Migrantes, Indígenas.

Todos estos grupos reclaman porque la igualdad formal -de derecho y de hecho - sólo se aplica a determinados grupos sociales (androcentrismo)<sup>24</sup>. El desarrollo jurídico correspondiente se enmarca en este debate y tiene diferentes expresiones en los ámbitos internacional, regional y nacional.

Como hemos expresado, la demanda de reconocimiento de derechos particulares a grupos desfavorecidos o vulnerables lleva hoy a reivindicaciones grupales o colectivas en las que los sectores o grupos sociales históricamente discriminados, postergados o desaventajados reclaman la remoción de barreras legales, económicas y sociales que impiden o limitan su participación y acceso a distintas esferas sociales. Reclaman asimismo, la visibilización como grupo<sup>25</sup>, el reconocimiento de diferencias específicas y la remoción de pautas aparentemente neutrales.

La adopción de convenciones específicas para un grupo determinado reafirma la aplicación de aquellos derechos ya reconocidos en general en otros instrumentos de Derecho internacional<sup>26</sup>. Son parte de nuevas reivindicaciones para expandir, especificar y profundizar los derechos humanos; atenuar la alta vulnerabilidad de estos grupos; reconocer los déficits acumulados; y garantizar que las medidas pertinentes presten la debida atención a la situación particular de estos grupos sociales.

Los derechos de las personas mayores se encuentran abordados de manera superficial por diversos instrumentos internacionales pero, hasta la fecha, no han sido consagrados en un documento global de carácter vinculante que los estandarice y proteja. Tampoco se cuenta con algún mecanismo que vigile y haga valer la obligatoriedad de la aplicación y el respeto los derechos humanos de las personas mayores.

El ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de las personas de edad reclama legislación, políticas, planes sobre envejecimiento a fin de evitar las violaciones de los derechos humanos de las personas de edad. Ello plantea un cambio de paradigma, basado en

---

<sup>24</sup> <http://www.eclac.cl/celade/noticias/paginas/9/34089/SandraHuenchuan.pdf>

<sup>25</sup> Existencia en la agenda de desarrollo.

<sup>26</sup> Vgr. Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); Convención de los derechos del Niño (1989); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2007); Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

el *enfoque de derechos aplicado a las personas de edad*<sup>27</sup>, el cual considera que el Derecho Internacional de Derechos Humanos es el marco conceptual aceptado y capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito del desarrollo.

Las diferencias de edad y de generación no siempre se trataron de manera explícita. En la doctrina internacional de derechos humanos, *la edad* es un asunto que ha sido tratado bajo la amplia acepción de *cualquier otra condición social*, haciendo alusión por extensión a las diferencias de edad y generacionales, pero cuyo tratamiento no ha sido manifiesto.

Tampoco aparecen reflejados los derechos específicos de las personas de edad en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Esta situación se explica, en palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, porque al adoptarse este instrumento “*el problema del envejecimiento de la población no era tan evidente o tan urgente como en la actualidad*”<sup>28</sup>. “Otra razón que explicaría esta situación es que hasta décadas recientes la cuestión de las personas mayores no fue abordada desde una perspectiva de derechos humanos, sino que fue considerada un asunto de asistencia social especializado dentro del ámbito de la gerontología y otras disciplinas afines. En este sentido, el tratamiento internacional de las personas de edad no difiere del que han recibido otros sectores de la población, como las personas con discapacidad o los pueblos indígenas, que eran considerados objetos de intervención social y que solo recientemente hicieron su entrada en la agenda internacional de los derechos humanos”<sup>29</sup>.

Dentro de las fuentes de los derechos humanos de las personas de edad, encontramos Tratados<sup>30</sup>, normas generales o principios, pero no reglas.

---

<sup>27</sup> Principales características de un enfoque de derechos: Mecanismos de responsabilidad Igualdad y no discriminación; Participación y empoderamiento de grupos excluidos; Realización progresiva e indicadores de referencia.

<sup>28</sup> Comité DESC, 1995, párr. 11.

<sup>29</sup> Rodríguez, Luis – Piñero, Royo, ob. cit. p. 9, <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/38808/LC-W305.pdf>

<sup>30</sup> Acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regidos por el Derecho Internacional.

Existen dos fuentes en las que se establecen derechos de las personas mayores: la primera son los instrumentos internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas y sus organismos especializados; la segunda son los instrumentos jurídicos sobre las personas de edad de los sistemas regionales de derechos humanos<sup>31</sup>.

#### *A. Los derechos de las personas de edad en el Sistema Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*

La cuestión de las personas de edad es de gran interés para las Naciones Unidas, especialmente debido a las implicaciones de salud y derechos humanos que se vinculan al tema. Sin embargo, en los últimos años se ha dado mayor énfasis al tratamiento de la cuestión de las personas de edad, debido a que, como hemos afirmado precedentemente, ha aumentado la expectativa de vida en el mundo, mientras que la tasa de fecundidad va en descenso. Esto da lugar a una mayor cantidad de personas adultas mayores en el mundo, tanto en proporción como en números absolutos.

La ONU ha estudiado la cuestión de las personas de edad desde 1948, cuando la Asamblea General aprobó la resolución 213 (III) relativa al proyecto de Declaración de los Derechos de la Vejez. Desde entonces el tema fue abordado de forma indirecta por la Asamblea y por los organismos interesados en las cuestiones sociales.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>32</sup>, no se hace explícitamente referencia a las personas de edad aunque todas sus disposiciones se deberían aplicar a todos los miembros de la sociedad, incluyendo al grupo de sesenta años y más. El Pacto de Derechos Econó-

---

<sup>31</sup> Rodríguez, Luis – Piñero, Royo, Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad, Naciones Unidas, CEPAL-UNFPA, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), ps. 9 y 15, <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/38808/LC-W305.pdf>

<sup>32</sup> Adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948, R/217(III)A.

micos, Sociales y Culturales<sup>33</sup> tampoco contiene ninguna referencia explícita a los derechos de las personas de edad, excepto en el artículo 9 que trata sobre seguridad social. Es por ello que en el año 1995, el Comité del Pacto preparó la Observación General No. 6 en que indica: “*Los Estados Parte en el Pacto deben prestar atención especial a la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad*”<sup>34</sup>. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>35</sup> tampoco contiene una referencia explícita sobre los adultos mayores.

La Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW, por sus siglas en inglés-<sup>36</sup>, es el único de los Tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas que se refiere explícitamente a la discriminación por la edad en el ámbito del empleo<sup>37</sup>.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>38</sup>, menciona en algunos puntos la discriminación por edad, pero es insuficiente y hay que tener presente que la mayoría de las persona mayores no presentan discapacidad.

Otra cuestión importante en este sentido es determinar si la discriminación por razones de edad está prohibida en los instrumentos internacio-

---

<sup>33</sup> Hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

<sup>34</sup> Naciones Unidas (1995) *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad*, Observación General No. 6, E/C.12/1995/16/Rev.1, Ginebra, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>35</sup> ICCPR (por sus siglas en inglés) es un tratado multilateral, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2200 (XXI), de 16 diciembre de 1966. Fue adoptado al mismo tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y se hace referencia a ambos con el nombre de Pactos Internacionales de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York. A su vez, éstos, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, comprenden lo que algunos han llamado Carta Internacional de Derechos Humanos.

<sup>36</sup> Esta Convención y su Protocolo Facultativo entró en vigor el 3 de setiembre de 1981.

<sup>37</sup> Artículo 11, inc.1.e) “el derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas”

<sup>38</sup> Fue aprobada junto con el Protocolo Facultativo el 13 de siembre de 2006.

nales jurídicamente vinculantes. Al respecto, y como afirmó el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 1995, “*ni en el Pacto ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos se hace explícitamente referencia a la edad como uno de los factores prohibidos. Aunque ello no se trate de una exclusión intencional, esta omisión se explica probablemente por el hecho de que, cuando se adoptaron estos instrumentos el problema del envejecimiento de la población no era tan evidente o tan urgente como en la actualidad*”.

A nivel de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y los Planes de Acción Internacional, existe un avance más amplio, sin embargo no son obligatorios para los Estados, sino más bien son normas generales o principios, pero no reglas; por lo tanto los Estados pueden observar su cumplimiento, pero no están legalmente obligados a ello.

En 1973, la Asamblea General llamó la atención sobre la necesidad de proteger los derechos y bienestar de las personas de edad<sup>39</sup>. Sin embargo, en 1977 se abordó el problema de forma directa al hacer énfasis en que era necesario organizar una Asamblea Mundial sobre las Personas de Edad, acordándose en el año 1978 que dicha conferencia tuviera lugar en el año 1982. En la *Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*<sup>40</sup> se prestó gran atención al envejecimiento en los *países desarrollados* y se adoptó el Plan de Acción Internacional de Viena, el cual es el primer instrumento internacional sobre el tema que contiene una base para la formulación de políticas y programas sobre el envejecimiento. Dicho Plan fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1982 (resolución 37/51)<sup>41</sup>. En el Plan los Estados que asistieron a

---

<sup>39</sup> Naciones Unidas (1973) *Resolución 3137(XXVIII) Cuestión de las personas de edad y los ancianos*, 14 de diciembre de 1973.

<sup>40</sup> 26 de Julio de 1982 al 06 de Agosto de 1982, Viena, Austria.

<sup>41</sup> Contiene 62 recomendaciones para la acción sobre aspectos tales como la investigación, recolección de datos, análisis, capacitación así como también sobre las áreas temáticas siguientes: Salud y nutrición, protección de los adultos mayores como consumidores, vivienda y medio ambiente, familia, seguridad social, seguridad económica, empleo y educación. Además se considera a las personas de edad como un grupo de población diverso y activo con aptitudes diversas y necesidades especiales en algunos casos.

la Asamblea “*reafirmaron su creencia en que los derechos fundamentales e inalienables consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se aplican plenamente y sin menoscabo a las personas de edad, y reconocieron que la calidad de vida no es menos importante que la longevidad y que, por consiguiente, las personas de edad deben, en la medida de lo posible, disfrutar en el seno de sus propias familias y comunidades de una vida plena, saludable y satisfactoria y ser estimados como parte integrante de la sociedad*”<sup>42</sup>.

Con posterioridad, en el año 1990, la Asamblea General de las Naciones Unidas “*reconoció la complejidad y rapidez del fenómeno del envejecimiento de la población mundial y la necesidad de que existiera una base y un marco de referencia comunes para la protección y promoción de los derechos de las personas de edad*”<sup>43</sup>. El 14 de diciembre de 1990, la Asamblea General proclamó el 1° de octubre *Día Internacional de las Personas de Edad*, al considerar que en nuestro mundo que envejece rápidamente, las personas mayores desempeñarán un papel cada vez más importante a través del trabajo voluntario, transmitiendo su experiencia y conocimientos, cuidando a sus familias y con una creciente participación en la fuerza laboral remunerada. El lema y eje central de ese año fue la necesidad de crear *una sociedad para todas las edades*, aquélla en donde las actitudes, políticas y prácticas en todos los niveles y sectores permitieran a las personas: envejecer con seguridad y dignidad, para que continuaran participando en sus sociedades como ciudadanos de pleno derecho, contribuyan al desarrollo y, al tiempo, se beneficien del mismo.

Un año después<sup>44</sup> la Asamblea General adoptó la resolución 46/91 sobre los *Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad* en cinco ámbitos principales: *independencia, participa-*

---

<sup>42</sup> Naciones Unidas (1982) *Resolución 37/51 Cuestión del envejecimiento*, 3 de diciembre de 1982.

<sup>43</sup> Naciones Unidas (1991) *Resolución 46/91 Ejecución del Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento y actividades conexas*, 16 de diciembre de 1991. Naciones Unidas (1991) *Resolución 46/91 Ejecución del Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento y actividades conexas*, 16 de diciembre de 1991.

<sup>44</sup> 16 de diciembre de 1991



*ción, cuidados, autorrealización y dignidad*<sup>45</sup>. Esta resolución significó un cambio paradigmático al respecto y se considera la base de una futura convención sobre los derechos de las personas mayores; establece normas universales para las personas de edad y alienta a los Gobiernos a que introduzcan en sus Programas Nacionales, cada vez que sea posible, dichos principios. Pese al enorme valor de esta resolución, existen dificultades de poner en práctica los Principios, por ser un instrumento de carácter indicativo y no obligatorio.

---

<sup>45</sup> *Independencia*. 1. Las personas de edad deberán tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención de salud adecuados, mediante la provisión de ingresos, el apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia. 2. Las personas de edad deberán tener la oportunidad de trabajar o de tener acceso a otras oportunidades de generar ingresos. 3. Las personas de edad deberán poder participar en la determinación de cuando y en qué medida dejarán de desempeñar actividades laborales. 4. Las personas de edad deberán tener acceso a programas educativos y de formación adecuados. 5. Las personas de edad deberán tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a la evolución de sus capacidades. 6. Las personas de edad deberán poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible.

*Participación*. 7. Las personas de edad deberán permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación y la aplicación de las políticas que afecten directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y pericias con las generaciones más jóvenes. 8. Las personas de edad deberán poder buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicio a la comunidad y de trabajar como voluntarios en puestos apropiados a sus intereses y capacidades. 9. Las personas de edad deberán poder formar movimientos o asociaciones de personas de edad avanzada.

*Cuidados*. 10. Las personas de edad deberán poder disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad. 11. Las personas de edad deberán tener acceso a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como a prevenir o retrasar la aparición de enfermedades. 12. Las personas de edad deberán tener acceso a servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado. 13. Las personas de edad deberán tener acceso a medios apropiados de atención institucional que les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humano y seguro. 14. Las personas de edad deberán poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida.

En el año 1992 en la *Conferencia Internacional sobre el Envejecimiento* que se llevó cabo al cumplirse el décimo aniversario de la Asamblea Mundial de 1982, se aprobó la *Proclamación sobre el envejecimiento* la cual estableció la orientación general para seguir aplicando el Plan de Acción y proclamó al año 1999 como el *Año Internacional de las Personas de Edad*, el cual tuvo como tema unificador de trabajo *Hacia una sociedad para todas las edades*. La tarea de ese año se llevó a cabo a través del estudio del tema en cuatro dimensiones: *la situación de las personas de edad; el desarrollo individual a lo largo de toda la vida; las relaciones entre generaciones; la relación entre desarrollo y envejecimiento de la población*.

También el año 1999, cuando la Asamblea General se reunió para efectuar el seguimiento del *Año Internacional de las Personas de Edad*, fueron adoptados documentos que hacen al *Marco de políticas para una sociedad para todas las edades y Programa de Investigación para el envejecimiento para el siglo XXI*, los que sintetizan las políticas para facilitar la transición hacia una sociedad para todas las edades.

El 4 de diciembre de 2000 (Resolución 55/58), la Asamblea General por recomendación del Consejo Económico y Social (Resolución 2000/1, de 3 de mayo de 2000) decidió convocar la *Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento* en Madrid-España, del 8 al 12 de abril de 2002. Esta reunión se celebró con motivo del 20° aniversario de la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento que tuviera lugar en Viena.

En 2002, los Estados miembros de las Naciones Unidas adoptaron el *Plan de Acción Internacional de Madrid* acordado en la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. El Plan Internacional de Acción 2002, sin ser un instrumento de obligado cumplimiento, brinda una guía a

---

*Autorrealización.* 15. Las personas de edad deberán poder aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial. 16. Las personas de edad deberán tener acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad.

*Dignidad.* 17. Las personas de edad deberán poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotación y de malos tratos físicos o mentales. 18. Las personas de edad deberán recibir un trato digno, independientemente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y han de ser valoradas independientemente de su contribución económica.

quienes tienen que formular las políticas relativas a los cambios que se precisan para hacer realidad el lema de *Una sociedad para todas las edades*. Su punto de partida se basa en que la tendencia global de vivir más años es un logro histórico que debe reflejarse en el manejo de nuestras economías y en la organización de nuestras sociedades.

Los objetivos de la Asamblea fueron: a) revisar los avances realizados en la implementación del Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento de Viena (1982) y b) desarrollar estrategias para hacer frente a las consecuencias socio-económicas del acelerado ritmo de envejecimiento demográfico experimentado por los países en desarrollo. Entre las *prioridades* se encuentran: *Participación de las personas de edad en la sociedad, representación política e inclusión social; Solidaridad entre las generaciones; Protección de las personas de edad frente a los malos tratos y la violencia; Mayor atención a personas de edad de zonas rurales y pertenecientes a grupos étnicos minoritarios; Promoción de planes a lo largo de toda la vida para mejorar la salud y el bienestar en edades avanzadas.*

El Plan abarca una amplia gama de posibles medidas políticas, algunas de las cuales están relacionadas con la protección de los derechos de las personas de edad. El rápido envejecimiento tiene repercusiones en el Estado y la sociedad, incluida la atención de la salud, los mercados del empleo y el trabajo, las medidas de protección social y el crecimiento económico. Esto, sumado a los niveles preocupantes de pobreza en los países en desarrollo subrayan la necesidad acuciante de formular políticas que aumenten la participación e integración social de las personas de edad<sup>46</sup>.

El Plan de Acción también destaca la necesidad de atender los cuidados de salud, no sólo en las personas de edad sino durante toda la vida; los resultados serán personas de edad más saludables. También se precisa que, en todas partes, se dé una mejor capacitación a quienes se encargan de cuidar a las personas de edad. Igualmente, se requerirá de una mayor cobertura en materia de educación, programas de capacitación en geriatría y en tecnología en este específico campo, a fin de hacer frente a la revolución demográfica.

---

<sup>46</sup> <http://www.cinu.org.mx/eventos/especiales/envejecimiento/>

Un objetivo primordial es hallar la fórmula adecuada para aprovechar el potencial de las personas de edad como base para el desarrollo de las sociedades futuras. En este sentido, es esencial la integración permanente de las personas de edad a sus comunidades. Para ello se necesitan tomar iniciativas para promover intercambios intergeneracionales productivos, basados en el recurso del potencial humano que aportan las personas de edad.

Este Plan presta especial atención a la situación de los países en desarrollo y define como temas centrales la realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas de edad, y la garantía de sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, y la eliminación de todas las formas de violencia y discriminación en contra de dichas personas<sup>47</sup>.

La Organización de las Naciones Unidas, impulsada por la Red Internacional para la Prevención del Abuso y Maltrato en la Vejez - INPEA<sup>48</sup>, proclamó el 15 de Junio, como el *Día Internacional de la Toma de Conciencia del Abuso y Maltrato contra los Adultos Mayores*, una jornada para reflexionar sobre los estereotipos e imágenes de la vejez que cada uno tiene, transmite a sus pares y demás generaciones, los tipos de violencia que muchos adultos mayores sufren, y las formas de erradicar estas situaciones y prevenirlas en los distintos ámbitos (desde la familia, las instituciones hasta la comunidad). INPEA definió al maltrato de las personas mayores como «*la acción única o repetida, o la falta de la respuesta apropiada, que ocurre dentro de cualquier relación donde exista una expectativa de confianza y la cual produzca daño o angustia a una persona anciana*»<sup>49</sup>.

Han existido cuatro iniciativas en relación a una declaración sobre derechos de las personas mayores presentadas formalmente o discutidas

---

<sup>47</sup> Naciones Unidas (2002) *Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*.

<sup>48</sup> En sus siglas en inglés.

<sup>49</sup> Este maltrato puede ser de varios tipos: físico, abuso psicológico/emocional, abuso sexual, financiero, patrimonial, económico, o simplemente reflejar un acto de negligencia intencional o por omisión, abandono, autoabandono, maltrato estructural.

como documentos en los organismos de Naciones Unidas y sus respectivos órganos especializados<sup>50</sup>.

### *B. Los derechos de las personas de edad en los Sistemas Regionales de Derechos Humanos*

Los sistemas regionales de derechos humanos han jugado un papel complementario al del sistema universal de las Naciones Unidas en el desarrollo y cristalización del consenso de la comunidad internacional sobre los derechos humanos de las personas de edad. Bajo esta denominación se incluyen tradicionalmente las normas, procedimientos y órganos de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos -OEA, del Consejo de Europa<sup>51</sup> y de la Unión Africana<sup>52</sup>. Sin embargo, en la

---

<sup>50</sup> 1. La “Declaración de los derechos de las personas mayores” fue presentada por Argentina en el año 1948. 2. En el año 1991, la Federación Internacional de la Vejez y República Dominicana presentaron la “Declaración sobre los derechos y responsabilidades de las personas de edad”. 3. En el año 1999, República Dominicana presentó ante la Comisión de Desarrollo Social un proyecto de “Declaración de Interdependencia”. 4. Por último, en 1999, la American Association of Retired Persons (AARP) de Estados Unidos propuso la “Carta por una sociedad para todas las edades” para consideración de las Naciones Unidas a propósito del Año Internacional de las Personas de Edad.

Ninguno de las propuestas anteriormente identificadas han sido adoptadas, y sólo el proyecto de la Federación Internacional de la Vejez y República Dominicana logró avanzar hacia su constitución final como los Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad, adoptada por resolución de la Asamblea General en 1991.

<sup>51</sup> *El sistema europeo para la protección de los derechos humanos está establecido en el marco del Consejo de Europa —una organización anterior e independiente de la Unión Europea—, y comenzó su andar con la aprobación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, instrumento destinado al resguardo de los derechos civiles y políticos (Consejo de Europa, 1950). Los derechos de carácter socioeconómico tuvieron un reconocimiento posterior, a través de la Carta Social Europea (Consejo de Europa, 1962). El convenio fue completado y enmendado por 14 protocolos hasta la fecha, mientras que la carta fue revisada en 1996 y cuenta con un protocolo opcional.*

*La Carta Social Europea recoge los principales derechos de carácter económico y social y, a diferencia de lo que ocurre con el Convenio Europeo para la*

medida en que los organismos de carácter regional -como la Unión Europea-<sup>53</sup>, o subregional -como el MERCOSUR-<sup>54</sup>, han comenzado a inter-

---

*Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, no establece un sistema judicial de control del cumplimiento de sus principales disposiciones por parte de los Estados. El artículo 23 de la Carta Social Europea, revisada en 1996, se refiere explícitamente a las personas de edad. Cfr. Rodríguez, Luis-Piñero, Royo, ob. cit. ps. 17/18. <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/38808/LC-W305.pdf>*

<sup>52</sup> *La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos o Carta de Banjul, que constituye el marco normativo del sistema africano de derechos humanos —ahora asociado a la Unión Africana, UA—, incluye varias disposiciones relativas a la protección especial de los derechos de las personas de edad. Según el texto de la carta, “[l]os ancianos y los minusválidos... tendrán derecho a medidas especiales de protección adecuadas a sus necesidades físicas o morales” (UA, 1981, art. 18). Junto con la carta, otros instrumentos posteriores del sistema africano han desarrollado una particular sensibilidad hacia las personas mayores, han establecido la necesidad de una protección especial para ellas y han destacado su papel en las sociedades africanas. Cfr. Rodríguez, Luis-Piñero, Royo, ob. cit. ps. 20. <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/38808/LC-W305.pdf>*

<sup>53</sup> *Aunque en términos formales no se considera parte del sistema europeo de derechos humanos, el derecho comunitario y el derecho de la Unión Europea (UE) cuentan con una serie de instrumentos especialmente relevantes para la protección de las personas mayores, particularmente en relación con la discriminación en el empleo o la ocupación. Los órganos políticos de la Unión Europea —el Consejo Europeo, la Comisión y el Parlamento Europeo— han prestado también una especial atención a los derechos de las personas de edad y a las políticas comunitarias de envejecimiento, ahora agrupadas bajo el lema “Una Europa para todas las edades” (CE, 2008; UE, 1990, 1992 y 1993). El Tribunal Europeo de Justicia, con competencia para dirimir cuestiones jurídicas en el marco del derecho comunitario, ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con casos relativos al acceso a los beneficios de la seguridad social y la no discriminación (TJCE, 2005 y 2007). Cfr. Rodríguez, Luis - Piñero, Royo, ps. 19/20. <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/38808/LC-W305.pdf>*

<sup>54</sup> *La Carta Socio-laboral del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) incorpora en su articulado el principio de no discriminación por razón de la edad, expresando el compromiso de los Estados miembros de “realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación a los grupos en situación de desventajosa en el mercado de trabajo” (MERCOSUR, 1998, art. 1). La Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social en el MERCOSUR, Bolivia y Chile, adoptada el 30 de junio de 2002, va más allá, al hacer un llamamiento expreso a “[i]ntensificar los esfuerzos para mejorar la situación de las personas mayores, especialmente de aquellas en estado de pobreza o*

venir de manera creciente en asuntos directamente relacionados con los derechos humanos, particularmente en el ámbito del trabajo y de la protección social, es necesario ampliar la mirada a su práctica normativa. Junto con las normas y la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, las organizaciones subregionales de integración han iniciado recientemente un proceso de incorporación de los derechos de las personas de edad dentro de sus instrumentos de derechos humanos o laborales<sup>55</sup>.

Por otra parte, podemos afirmar que si bien no existe, hasta la fecha, un sistema “árabe” de derechos humanos, la Liga de Estados Árabes<sup>56</sup> adoptó en el año 2004, la Carta Árabe de Derechos Humanos. La Carta identifica a las personas de edad como un colectivo que requiere un “especial cuidado y protección”<sup>57</sup>.

A los fines del presente trabajo, de estos sistemas regionales sólo nos referiremos al Sistema Interamericano, a las Conferencias Regionales Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe, a los Derechos de los Adultos Mayores en la Unión de Naciones Suramericanas y Mercosur, y a las Normatividades nacionales.

### *1. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

Este sistema se enmarca en el ámbito de la OEA y coexiste con otros regímenes de protección, tanto de orden regional como universal. Una de sus particularidades radica en que la función de control de los

---

*desamparo, a través de avances en materia de prestaciones sociales y de políticas de vivienda e integración social y programas de capacitación” (MERCOSUR, 2000).*

<sup>55</sup> Un ejemplo de ello es la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada en Guayaquil el 26 de julio de 2002 en el seno de la Comunidad Andina de Naciones:

<sup>56</sup> Organización que agrupa a los países que han asumido el Islam como religión oficial del Estado.

<sup>57</sup> Establece que: a) “*La familia es la unidad básica de la sociedad; b) El Estado se compromete a proporcionar un especial cuidado y protección a la familia, las madres, los niños y las personas mayores*” (LEA, 2004, art. 38). *Cfr.* Rodríguez, Luis-Piñero, Royo, ob. cit. ps. 21. <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/38808/LC-W305.pdf>

instrumentos de derechos humanos adoptados se atribuye a la Comisión Interamericana (CIDH) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La única excepción la constituye la *Convención Americana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*<sup>58</sup>, que en su artículo VI crea un Comité facultado para recibir informes de los Estados Partes.

A fines de la década de los ochenta se incorporaron medidas específicas en favor de las personas mayores en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”<sup>59</sup>, siendo a la fecha el único instrumento vinculante que incorpora específicamente los derechos de las personas de edad, en el artículo 17 *Protección de los Ancianos*<sup>60</sup>. Los países de la región han ratificado el Protocolo de San Salvador, y pocos han promulgado una ley específica de protección de derechos de las personas de edad<sup>61</sup>.

Para el proceso preparatorio de la Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, la CEPAL auspició la realización de la Reunión Regional preparatoria de la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento<sup>62</sup> y ha desarrollado numerosas iniciativas para dar seguimiento a los acuerdos de esta Asamblea, mediante el apoyo a la realización de investigaciones sobre el tema en diferentes países que culminaron con la realización del

---

<sup>58</sup> adoptada en Ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999, en el 29º período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

<sup>59</sup> Entrada en vigor el 16/11/1999.

<sup>60</sup> Artículo 17. Protección de los Ancianos. A) Proponer *instalaciones adecuadas* así como *alimentación y atención médica especializada* a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionárselas por sí mismas; b) Ejecutar *programas laborales específicos* destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c) Estimular la *formación de organizaciones sociales* destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

<sup>61</sup> Huenchuan Sandra y Morlachetti, Alejandro (2007) *Derechos sociales y envejecimiento: modalidades y perspectivas de respeto y garantía en América*, Notas de Población No. 85, CELADE-División de Población de la CEPAL, LC/G.2300-P, Santiago, Chile.

<sup>62</sup> San José de Costa Rica, del 8 al 12 de marzo de 1982.



Encuentro Latinoamericano y Caribeño sobre las Personas de Edad - Seminario Técnico, en 1999<sup>63</sup>, en el marco de la celebración del Año Internacional de las Personas Mayores.

En el plano regional de las Naciones Unidas, la Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, fue adoptada en la *Primera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento* llevada a cabo entre el 19 y 21 de noviembre de 2003, en Santiago de Chile y ratificada en la resolución 604 del Trigésimo periodo de sesiones de la CEPAL. La Estrategia Regional plantea “*promover los derechos humanos de las personas mayores*” y recomienda la elaboración de legislaciones específicas que definan y protejan estos derechos, de conformidad con los estándares internacionales y la normativa al respecto aceptada por los Estados<sup>64</sup>.

En el año 2007, la CEPAL organizó la *Segunda Conferencia Regional Intergubernamental sobre el Envejecimiento en América Latina y el Caribe, “Hacia una Sociedad para todas las Edades y de Protección Social basada en Derechos”*<sup>65</sup>, ratificada por la CEPAL mediante la resolución 644(XXXII) de 2008, donde los países miembros adoptaron la *Declaración de Brasilia*<sup>66</sup>, la cual señala lo siguiente “*Reafirmamos el compromiso de no escatimar esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas de edad, trabajar en la erradicación de todas las formas de discriminación y violencia y crear redes de protección de las personas de edad para hacer efectivos sus derechos*”<sup>67</sup>.

Asimismo, en los párrafos 25 y 26 de la Declaración de Brasilia, los países que asistieron a la Conferencia se comprometieron a solicitar a los países miembros del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones

---

<sup>63</sup> Realizado en Santiago de Chile del 8 al 10 de septiembre de 1999,

<sup>64</sup> CEPAL (2004) *Estrategia regional de implementación par América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*, LC/G.2228, marzo de 2004

<sup>65</sup> Brasilia, Brasil, 4 al 6 de diciembre de 2007.

<sup>66</sup> Declaración de Brasilia (LC/G.23591), diciembre de 2007

<sup>67</sup> AL (2008) *Declaración de Brasilia*, LC/G.2359, enero de 2008.

Unidas, evalúen la posibilidad de designar un relator especial encargado de velar por la promoción y protección de los derechos humanos de las personas de edad y a realizar las consulta pertinentes entre los gobiernos para impulsar la elaboración de una Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas de Edad en el seno de las Naciones Unidas.

A partir de la *Declaración de Brasilia*, la ONU también trabaja junto a los Estados en el proceso de construcción de una Convención Internacional que proteja los Derechos de las personas mayores de 60 años, en especial los Derechos de las mujeres, que suelen llegar a la vejez más desprotegidas que sus compañeros varones.

La importancia de la Declaración de Brasilia fue reafirmada en la Resolución 644 del XXXII Periodo de Sesiones de la CEPAL realizado en Santo Domingo, República Dominicana, en junio de 2008, en la cuál además se solicitó a la Secretaría de la Comisión que preste asesoramiento técnico para la realización de reuniones de seguimiento de la Declaración de Brasilia, en particular en lo que se refiere al tema de mecanismos internacionales de protección de los Derechos de las personas de edad<sup>68</sup>.

De conformidad con ese compromiso se han celebrado varias reuniones de seguimiento. La *primera* tuvo lugar en Río de Janeiro –Brasil-, el 16 y 17 de setiembre de 2008<sup>69</sup>, en el ámbito de los Derechos Humanos de las Personas de Edad. En dicha ocasión, se formularon recomendaciones sobre un proyecto de Convención de los Derechos de las Personas de Edad, la generación de medidas prácticas a tener en cuenta para impulsar la creación y la designación de un Relator Especial de los Derechos de las personas de edad. La *segunda reunión de seguimiento* se llevó a

---

<sup>68</sup> CEPAL (2008) *Resolución 644 (XXXII) Población y desarrollo: actividades prioritarias para el periodo 2008-2010*, Trigésimo segundo periodo de sesiones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santo Domingo, República Dominicana, 9 al 13 de junio de 2008.

<sup>69</sup> Organizada por la Secretaría Especial de Derechos Humanos y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil, con el apoyo técnico del CELADE-División de Población de la CEPAL. Véase el “Informe de relatoría” [en línea] [http://www.cepal.org/celade/noticias/noticias/7/34107/Reunião\\_Rio\\_Set\\_Idoso\\_2008.pdf](http://www.cepal.org/celade/noticias/noticias/7/34107/Reunião_Rio_Set_Idoso_2008.pdf).

cabo en Buenos Aires, los días 21 y 22 de mayo de 2009<sup>70</sup>. En dicha reunión se formularon nuevas recomendaciones para la realización de una Convención de los Derechos de las Personas de edad, reiterando la importancia de contar con un Relator Especial. En la *tercera reunión*, celebrada en Santiago de Chile, los días 5 y 6 de octubre de 2009, los países participantes solicitaron a la Secretaría de la CEPAL, que elaborara “una propuesta de estrategia sobre cómo avanzar en el seguimiento de los artículos 24 y 25 de la Declaración de Brasilia”<sup>71</sup>. La propuesta tenía incluir “los contenidos mínimos que deberían estar presentes, desde la perspectiva de América Latina y el Caribe, en una Convención Internacional sobre los Derechos de las personas de edad”, como así también revisar la viabilidad de una Convención Interamericana sobre la materia. En esta reunión, los representantes de los países revisaron los compromisos adoptados durante la II Reunión de Seguimiento de Buenos Aires, y manifestaron su beneplácito por el cumplimiento de todos ellos.

En el marco del proceso de examen y evaluación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento tras los diez años de su gestación, el 9 y 10 de noviembre de 2011 se realizó en la sede de la CEPAL, en Santiago de Chile, el Encuentro Internacional para el Seguimiento de la Declaración de Brasilia y la Promoción de los Derechos de las Personas Mayores. La actividad permitió valorar los logros alcanzados por los países de la región en este campo temático, centrados especialmente en el desarrollo institucional público, los servicios sociales y de cuidado de las personas mayores. Pero sobre todo, sirvió para consensuar las materias pendientes más significativas y los desafíos ligados a ellas<sup>72</sup>.

El segundo ciclo de examen y evaluación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, bajo el lema “*La plena*

---

<sup>70</sup>Organizada por el Ministerio de Desarrollo Social y el Ministerio de Relaciones Exteriores de la Argentina, con el apoyo de la Organización Panamericana de la Salud-OPS- y del CELADE.. Véase el “Informe de relatoría” [en línea] [http://www.cepal.org/celade/noticias/noticias/5/35715/Relatoria\\_BuenosAires.pdf](http://www.cepal.org/celade/noticias/noticias/5/35715/Relatoria_BuenosAires.pdf).

<sup>71</sup>Véase el “Reporte ejecutivo” (párr. 6) [en línea] [http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/0/37450,report\\_ThirdMeeting\\_Followup\\_Brasilia\\_Declaration.pdf](http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/0/37450,report_ThirdMeeting_Followup_Brasilia_Declaration.pdf).

<sup>72</sup> <http://www.eclac.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/5/45545/Boletin9.pdf>

*implementación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento: situación social, bienestar y dignidad, el desarrollo y la realización de todos los derechos humanos de las personas mayores*”, se inició a nivel mundial en 2011 y concluirá formalmente en 2013, en el marco del 51° período de sesiones de la Comisión de Desarrollo Social. Se trata de una oportunidad propicia para que los países de la región revisen las acciones emprendidas en el último tiempo, destaquen sus logros más significativos e identifiquen las acciones claves en las que concentrarán sus esfuerzos en los próximos cinco años<sup>73</sup>.

En la *Tercera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe*<sup>74</sup>, el tema central de la reunión fue “*Envejecimiento, solidaridad y protección social: la hora de avanzar hacia la igualdad*”<sup>75</sup> y en ese contexto, hubo sesiones temáticas sobre las tendencias y asuntos emergentes en materia de envejecimiento y protección social<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> <http://www.eclac.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/5/45545/Boletin9.pdf> p. 7

<sup>74</sup> La tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe fue organizada por la CEPAL y el Gobierno de Costa Rica, en cumplimiento de los acuerdos sobre población y desarrollo: temas prioritarios para 2010-2012, ratificados en la resolución 657(XXXIII) aprobada por la CEPAL en su trigésimo tercer período de sesiones. La Conferencia se realizó en San José de Costa Rica, del 8 al 11 de mayo de 2012, y contó con el apoyo del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). Participaron en la Conferencia representantes de 19 Estados miembros de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe: Argentina, Barbados, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Italia, Jamaica, Japón, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tabago y Uruguay.

<sup>75</sup> Los temas que se trataron en la Conferencia fueron: 1. el desarrollo de una estructura institucional pública para el escenario sociodemográfico actual; 2. la protección de los derechos de las personas mayores en los ámbitos nacional, regional y mundial; 3. la inclusión y el fortalecimiento de los servicios sociales como parte de la agenda sobre el envejecimiento, y 4. los mecanismos nacionales para la implementación de la Declaración de Brasilia.

<sup>76</sup> *La adecuación de la matriz de protección social*. El concepto de protección social se refiere al conjunto de intervenciones de entes públicos y privados orientados a aliviar a los hogares y a los individuos de la carga que significa enfrentar una serie de riesgos y necesidades. En América Latina y el Caribe, la ampliación del acceso sigue

La Conferencia fue una oportunidad para examinar los logros en la aplicación de los compromisos contraídos en Brasilia cinco años atrás, en que los países acordaron no escatimar esfuerzos para defender los derechos humanos de las personas mayores, erradicar la discriminación por edad y crear redes para hacer efectivos sus derechos. También fue una ocasión para determinar acciones clave para reforzar el ejercicio de los derechos en la vejez en el siguiente quinquenio, fortalecer las capacidades nacionales y abordar temas emergentes, así como un espacio de diálogo que permitió reflexionar sobre la realidad del envejecimiento de la población y las responsabilidades inéditas e impostergables que se requerirán de todos los actores sociales en el corto y mediano plazo<sup>77</sup>.

Se consideraron y se aportaron elementos para el análisis de las perspectivas futuras del envejecimiento poblacional y su inclusión en la agen-

---

siendo el desafío más relevante para los sistemas de protección social. Se trata de la región más desigual del mundo en términos de la distribución de los ingresos, y ello se refleja en una gran cantidad de dimensiones socioeconómicas a las que los cambios demográficos y los sistemas de protección social no son ajenos. En teoría, la protección social debería adecuarse no solo a la cambiante estructura de edades, sino también a las modificaciones del mercado laboral y a la economía en su conjunto.

Por otra parte, la institucionalidad y los cambios que se producen en ella juegan un papel significativo en el desempeño final de los sistemas y en la capacidad de adaptación de estos a las nuevas realidades (Bertranou, 2006). La adaptación de la protección social conlleva la integración de tres pilares básicos cuando se refiere a la protección de las personas de edad: seguridad de ingresos, atención básica de salud y servicios sociales para la autonomía. Los tres actúan en conjunto para suplir brechas de protección y desarrollar capacidades (véase el diagrama I. A su vez, en términos de ámbitos de acción de las políticas públicas, los pilares de seguridad de ingresos y atención básica de salud se asocian a la idea de los mínimos sociales que deben operar como piso de la protección social, el que debe ser garantizado directamente por el Estado.

La incorporación explícita de las personas de edad a los sistemas de protección social desde la perspectiva de la igualdad se fundamenta en que los cambios demográficos actúan como factores clave para crear oportunidades y establecen nuevas restricciones en materia de redefinición de las funciones de la familia, el mercado y el Estado. Es necesario replantear la protección social para que responda de manera inmediata a las consecuencias de las transformaciones demográficas y, a su vez, anticipe las respuestas a las demandas de una población en proceso de cambio.

<sup>77</sup> Expresiones del Presidente de la Junta Rectora del Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor (CONAPAM) de Costa Rica.

da pública, desde la propuesta de desarrollo que impulsa la CEPAL, denominada “*La hora de la igualdad*”<sup>78</sup>. Finalmente se realizó una síntesis de los principales avances en la implementación de la Declaración de Brasilia, desde su aprobación en 2007 a la fecha<sup>79</sup>, a fin de ponderar los logros y, sobre todo, contribuir a identificar los ámbitos de acción prioritarios en el corto y mediano plazo.

---

<sup>78</sup> I. La agenda de la igualdad y las personas de edad. A. La igualdad como horizonte y las demandas de especificidad. En su trigésimo tercer período de sesiones celebrado en 2010, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) afirmó que la igualdad es un valor intrínseco del desarrollo que busca la región. Ella brinda el marco normativo y sirve de base para los pactos sociales que se traducen en más oportunidades para quienes menos tienen. Al respecto, aclaró que la igualdad no solo se circunscribe a la igualdad de oportunidades, sino a la reducción de las brechas en materia de logros efectivos.

Desde esta perspectiva, el Estado debe ser capaz de asumir una gestión estratégica, con una mirada de largo plazo del desarrollo. Tiene que ser capaz de ocuparse de incrementar la participación en los beneficios económicos de los sectores excluidos y vulnerables, desarrollar políticas públicas que suministren bienes y protección social y, sobre todo, revertir la fuerza inercial de la desigualdad que se reproduce en el seno de los mercados y las familias (CEPAL, 2010). En este marco, el cambio climático, los avances tecnológicos, la diversidad cultural y las transformaciones demográficas son tendencias estructurales cuya confluencia supone un verdadero cambio de época, una inflexión histórica que, por una parte, conlleva oportunidades para avanzar hacia la igualdad y, por otra, acota los escenarios futuros de la acción.

La elaboración de la agenda de la igualdad va unida a la inclusión y el reconocimiento de las diferencias sociales, las que otrora fueron (Envejecimiento, solidaridad y protección social: La hora de avanzar hacia la igualdad).

*La igualdad en el contexto del envejecimiento.* La agenda de la igualdad se enfrenta a la paradoja de que, a pesar de la cada vez mayor visibilidad de las diferencias en el debate político y la agenda pública, los grupos definidos por género, origen étnico, territorio o edad sufren mayores niveles de exclusión. Las personas de edad no están ajenas de esta contradicción. Por ello, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales las ubica entre los grupos más desprotegidos del mundo (Naciones Unidas, 1995).

<sup>79</sup> Podemos afirmar que Desde la Declaración de Brasilia a la fecha, los principales avances son:

- *Por parte de los Estados miembros de la CEPAL:*

Reuniones de seguimiento de la Declaración de Brasilia en el tema de los derechos humanos: Brasil 2007; Argentina 2009; Chile 2009; El Salvador 2010:

## 2. Declaración de Tres Ríos de la Sociedad Civil de América Latina y el Caribe sobre Envejecimiento

En el marco del seguimiento al cumplimiento del Plan de Acción Internacional de Madrid y la Declaración de Brasilia sobre el Envejecimiento, representantes de organizaciones sociales y de personas mayores, redes, organizaciones no gubernamentales, instituciones religiosas y académicas de la sociedad civil de América Latina y el Caribe, se reunieron en la localidad de Tres Ríos, Cantón de La Unión, en Costa Rica, y después del análisis y discusión sobre la situación actual de la población adulta mayor de la región y el gran desafío que plantea el envejecimiento poblacional, hicieron una declaración a fin de *resaltar aspectos de la realidad latinoamericana*<sup>80</sup> y *demandar a los gobiernos y Estados,*

---

Asimismo se han realizados Seminarios técnicos nacionales y regionales y Reunión del Comité Especial de la CEPAL sobre Población y Desarrollo (mayo de 2010).

### *Otros ámbitos relevantes:*

*Human Rights Council Advisory Committee:* elaboración del informe “The necessity of a human rights approach and effective United Nations mechanism for the human rights of the older person”, A/HRC/AC/4/CRP.1), December 2009; *Comisión de Desarrollo Social de las Naciones Unidas:* Segundo examen y evaluación del Plan de Acción Internacional de Madrid, el cual tiene por tema central “Plena aplicación del Plan de Acción de Madrid sobre el Envejecimiento: situación, bienestar y dignidad, desarrollo y realización plena de todos los derechos humanos de las personas de edad”; *Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW):* elaboración de Nota conceptual relativa al proyecto de recomendación general sobre la mujer de edad y la protección de sus derechos humanos; *Organización de Estados Americanos (OEA):* aprobación de la resolución AG/RES 2455 (XXXIX-O/09) Derechos Humanos y personas adultas mayores.

Cfr. Jaspers\_Faijer, Dirk Director CELADE-División de Población CEPAL, Hacia una Convención Internacional de los Derechos de las Personas Mayores, desde la Perspectiva de América latina y el Caribe <http://xa.yimg.com/kq/groups/10836661/359369551/name/Hacia+Convenci%C3%B3n+Adultos+Mayores.pdf>

<sup>80</sup> 1. Los derechos de las personas adultas mayores siguen siendo vulnerados. A la gestión en relación con la vejez y el envejecimiento, le falta coherencia entre el discurso que enfatiza los derechos y el cumplimiento de los mismos. En este contexto, las personas mayores continúan sufriendo de discriminaciones múltiples; diferentes tipos de maltrato y violencia; pobreza, y falta de acceso a la justicia.

2. El enfoque de políticas públicas y programas dirigidos a las personas adultas mayores, no ha ido acompañado del desarrollo de una visión de la vejez que dé cuenta

---

de la diversidad de formas de envejecer. Carecen de perspectivas intergeneracional y de género e invisibilizan a las personas del área rural, indígenas y afrodescendientes.

3. Las políticas de vejez carecen de prioridad y de presupuestos estables y sostenidos lo cual las torna ineficaces en su implementación, al tiempo que no se puede hacer seguimiento y control de las mismas.

4. Un alto porcentaje de la población carece de acceso al trabajo formal, digno y en consecuencia, queda excluida de la seguridad social y de la posibilidad de contar con una vejez digna. En aquellos países donde se han implementado los sistemas de pensiones de capitalización individual, se generan situaciones de desigualdad e inequidad, y además de incertidumbre frente a los riesgos financieros.

5. La persistencia de la reproducción estructural de la pobreza reafirma la desigualdad e inequidad para todas las edades, así como, la obligación de continuar trabajando en edades avanzadas, la mayoría de las veces, en espacios informales y en condiciones precarias.

6. Los grupos de población adulta mayor, desplazada, refugiada, migrante y de zonas fronterizas, continúan en especial condición de vulnerabilidad. Los cambios en las estructuras de los servicios de salud y las formas de afiliación suelen limitar el acceso a la atención oportuna, desatendiendo hasta sus necesidades más prioritarias. Tampoco pueden disfrutar de las otras áreas de la seguridad social.

7. Los servicios de salud pública no toman en consideración las necesidades de las personas adultas mayores, lo cual se agrava debido al incremento porcentual y absoluto de este grupo y afecta de manera directa la funcionalidad y la independencia de las personas mayores y en consecuencia, incide en su autonomía y economía familiar.

8. En la mayoría de nuestros países, el cuidado y atención a personas adultas mayores no ha sido

suficientemente asumido en el marco de políticas públicas y recae principalmente en mujeres, muchas de ellas, adultas mayores, sin que se le reconozca su aporte para el acceso a los beneficios de la seguridad social y demás programas del Estado.

9. La visibilidad e identidad en la participación social, política, económica y cultural de las personas mayores todavía es muy incipiente, y en muchos casos se reduce a la calidad de “beneficiario” en el marco de programas de subsidios sociales del Estado.

10. Las personas mayores siguen afectadas por la estigmatización hacia la vejez y el envejecimiento en programas, servicios sociales y jurídicos sin respetar su autonomía, calificándolas de incapaces. Reforzando una imagen negativa de la vejez, promovida especialmente por intereses del mercado.

11. La “institucionalización” en establecimientos de larga estadía sin consentimiento informado de las personas adultas mayores y sin estándares de calidad de los servicios constituye una violación de los derechos humanos.



*entre otras cuestiones, que:* a) Garanticen el cumplimiento de la observación N° 6 de la aplicación al Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, la recomendación N° 27 de CEDAW, Declaración para el Derecho al Desarrollo, Convención contra el racismo y neocolonialismo, Convención Internacional Contra la Tortura, Tratos inhumanos y degradantes, y otros instrumentos internacionales; b) Decidan en la Tercera Conferencia Regional de los Gobiernos de Latinoamérica y el Caribe que las denominadas “Conferencias regionales intergubernamentales sobre envejecimiento” pasen a llamarse “*Conferencias regionales intergubernamentales sobre envejecimiento y sobre los derechos de las personas mayores*”, siendo consecuentes con lo afirmado en su Declaración de Brasilia de 2007; c). Apoyen, informen y divulguen a toda la comunidad, en particular a las personas adultas mayores, sobre el desarrollo de las propuestas de una Convención Interamericana.

### *3. Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe*<sup>81</sup>

Los representantes de los gobiernos reunidos en la Tercera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe, con el propósito de *identificar* las acciones claves en materia de derechos humanos y protección social de las personas mayores en América Latina y el Caribe, y *conscientes* de que la edad sigue siendo un motivo explícito y simbólico de discriminación que afecta el ejercicio de todos los derechos humanos en la vejez, y que las personas mayores requieren atención especial del Estado, firmaron la *Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe*, en la cual expresaron: que: pese a los esfuerzos realizados por varios países de la región por incorporar mayor solidaridad a los sistemas de protección social y ampliar la protección de los dere-

---

12. La lógica de la economía mundial (políticas neoliberales) en un mundo de concentración de la riqueza y globalización de los mercados conlleva a una distribución inequitativa y a ver a las personas mayores como una carga para los Estados.

<sup>81</sup> Adoptada en la tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe. San José de Costa Rica, 8 al 11 de mayo de 2012.

chos humanos de las personas mayores, las limitaciones y exclusiones persisten, lo que afecta la calidad y dignidad de la vida de estas personas; que la dispersión de las medidas de protección de los derechos de las personas mayores en el ámbito internacional, dificulta su aplicación y genera desprotección en el ámbito nacional. Asimismo, reafirmaron el compromiso expresado en la Declaración de Brasilia de no escatimar esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas mayores, erradicar todas las formas de discriminación y violencia, como así también, crear redes de protección de las personas mayores para hacer efectivos sus derechos.

Los representantes gubernamentales, hicieron suyas las *conclusiones y recomendaciones* de las reuniones de seguimiento de la Declaración de Brasilia, celebradas entre 2008 y 2010; del Encuentro Internacional para el seguimiento de la Declaración de Brasilia y promoción de los derechos de las personas mayores de 2011 y del Foro Internacional sobre los derechos de las personas mayores de 2012<sup>82</sup>.

Por otra parte, expresaron *satisfacción* por la creación del Grupo de trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento, establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en virtud de su resolución 65/182 de 21 de diciembre de 2010<sup>83</sup>, y tomaron en consideración las conclusiones de su primera y segunda reuniones de 2011

---

<sup>82</sup> De la misma manera, reconocieron el trabajo sistemático que realiza la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), por conducto del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la CEPAL, para apoyar a los países de la región en la incorporación del envejecimiento en las agendas de desarrollo y agradecieron el apoyo que brindan el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

<sup>83</sup> Este Grupo de trabajo abierto sobre envejecimiento tiene como objetivo principal fortalecer la protección de los derechos humanos de las personas mayores mediante la revisión de los instrumentos de derechos humanos y la manera que éstos abordan los derechos de las personas mayores. Al mismo tiempo, identifica las diferencias en la protección y estudia la viabilidad de nuevos instrumentos de derechos humanos. El grupo se reunió tres veces en 2011 y en el verano de 2012. La sociedad civil también está invitada a participar en este grupo de trabajo abierto y HelpAge activamente se ha sumado a este proceso apoyando la participación de hombres y mujeres mayores de todo el mundo.

Reafirmaron, además, que es imprescindible tomar medidas adicionales para proteger los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las personas mayores, incluida la posibilidad de elaborar nuevos instrumentos internacionales.

#### *4. Los Derechos de los Adultos Mayores en la Unión de Naciones Suramericanas y Mercosur*

En el ámbito de la UNASUR se vienen dando pasos en el sector social, a través de la creación de mecanismos de cohesión e inclusión social que cubren las poblaciones de la tercera edad<sup>84</sup> y se reconoce que la región atraviesa por un momento demográfico importante, dado que las poblaciones jóvenes y de infancia paulatinamente son menores, mientras el crecimiento se manifiesta en las poblaciones mayores de 65 años.

A propósito, nos preguntamos ¿qué se va a hacer respecto a la seguridad social, pensiones y salud de esas poblaciones?

Con base en las conclusiones del encuentro de marzo 2010 en Quito, organizado por la Presidencia Pro Tempore del Consejo Social de la UNASUR a cargo de Ecuador, el 30 de noviembre y 1 de diciembre de dicho año, se desarrolló en Asunción, el *“Seminario Internacional de experiencias sobre mecanismos para mejorar el acceso a la seguridad social de UNASUR”*. El evento fue una apuesta conjunta de la

---

<sup>84</sup> 30 de setiembre de 2005 I Reunión de Jefes y Jefas de Estado de la UNASUR, Brasilia, Brasil, Agenda Prioritaria y Plan de Acción, “6) Promoción de la Cohesión social, de la inclusión social y de la justicia social; 16 y 17 de diciembre de 2008, Salvador de Bahía, Brasil, Reunión Extraordinaria de Jefes y Jefas de Estado y de Gobierno de UNASUR. Se crea, entre otros, el Consejo de Salud Suramericano (También el Consejo de Defensa); 10 de agosto de 2009, Quito, Ecuador. Se crea, entre otros, Consejo de Desarrollo Social y el Consejo Suramericanos de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología; 11 de marzo de 2011, entra en vigencia el Tratado Constitutivo UNASUR; 28 de julio de 2011, Lima, Perú, Reunión Extraordinaria de Jefes y Jefas de Estado y de Gobierno de UNASUR. Se suscribe la “Declaración del 28 de julio “Compromiso de la UNASUR contra la desigualdad”. Se reconoce la importancia del proceso de integración como instrumento de reducción de la pobreza y como elemento de inclusión social. Se asume que la tarea más urgente es la de establecer una agenda de Acciones Sociales Prioritarias de la UNASUR que contribuya a reducir las asimetrías y brechas de carácter estructural de nuestra región y romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad.

Presidencia Pro Tempore de UNASUR a cargo del Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social de Ecuador y la Secretaría de Acción Social de Paraguay, el cual contó con el apoyo de *HelpAge Internacional*<sup>85</sup>.

En dicha oportunidad, se llevó a cabo la «*Reunión Técnica de la Unasur sobre protección social del Adulto Mayor*»<sup>86</sup>. En dicha reunión los representantes de los países reunidos, lanzaron una *Declaración*, considerando el proceso de envejecimiento poblacional por el que atraviesan todos los países y las implicancias que la transición demográfica provocará en los sistemas de seguridad social.

Otro de los aspectos considerados guarda relación con el tema de la vejez y la extrema pobreza, fenómeno que se da en toda la región, lo cual exige a los Estados que:

- utilicen la economía como instrumento para lograr un bienestar general;
- estructuren, en el interior de la UNASUR, la coordinación de las políticas, normas y planes que promuevan la equidad intergeneracional; y
- transversalicen en todas las políticas y programas de Ministerios e instancias públicas de los países miembros, el enfoque de derechos con perspectiva intergeneracional.

Otro de los puntos esbozados en la *Declaración* fue la de vigilar el cumplimiento de la legislación y convenios internacionales en asuntos generacionales y promover la iniciativa de los países miembros para que pueda acordarse una Convención Internacional de los derechos humanos de las personas de edad.

El 10 de setiembre de 2012 se realizó en Quito el Primer Encuentro Regional sobre Protección y Seguridad Social, en el que participaron autoridades y delegados de once países de la UNASUR y cuyo objetivo fue analizar y compartir las políticas y experiencias en materia de desarrollo

---

<sup>85</sup> HelpAge es parte de la Alianza Global de los Derechos de las Personas Mayores, una alianza de organizaciones no gubernamentales, individuos y otras organizaciones interesadas establecida por la necesidad de reforzar los derechos y la voz de las personas mayores a nivel mundial.

<sup>86</sup> Asunción - Paraguay, 30 de noviembre y 1º de diciembre 2010.

social de cada Estado y definir los lineamientos para crear una agenda social de los países sudamericanos.

Nos interesa mencionar también otras Declaraciones, Principios, Planes de acción de Organismos regionales que se ocupan y preocupan por la temática de los Derechos de los adultos mayores, tales como: la Declaración de Compromiso de Puerto España<sup>87</sup>; Declaración sobre Derechos Humanos y Personas mayores<sup>88</sup>; Plan de Acción sobre salud de personas mayores y Resolución CD 49/8<sup>89</sup>; y los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas<sup>90</sup>.

En la Cumbre de Presidentes del Mercosur, en San Salvador de Bahía de 2008, en ocasión de la XXXVI Reunión del Consejo del Mercado Común, *se acordó “Promover en el Marco de Naciones Unidas, la convocatoria a una Convención Internacional de los Derechos de las Personas de Edad, con el objetivo de dotar a los mismos, de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que estandarice sus derechos, y que establezca los mecanismos y el órgano para hacerlos exigibles, toda vez que se trata de un sector vulnerable de la población, que es objeto de prácticas y tratamientos discriminatorios”*

Debemos mencionar también la iniciativa de las Altas Autoridades de Derechos Humanos –RAADDHH, y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados. Durante los días 11 y 12 de noviembre de 2008, se realizó en la ciudad de Brasilia, República Federativa de Brasil, la XIV Reunión de Altas Autoridades competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados<sup>91</sup>, en la cual se informó sobre las tratativas para la firma de una Convención sobre Adultos/as

---

<sup>87</sup> Tercera Reunión de Oficiales Plenipotenciarios, 2009, Trinidad Tobago

<sup>88</sup> Asamblea General OEA, 2009

<sup>89</sup> Organización Panamericana de la Salud- OPS, del año 2009

<sup>90</sup> Resolución 1/08 de la CIDH

<sup>91</sup> Con la presencia de delegaciones de los Estados Parte: la República Federativa de Brasil, en ejercicio de la Presidencia pro Tempore, la República Argentina, la República de Paraguay, la República Oriental del Uruguay; y de la República de Bolivia, República de Chile, República de Colombia y la República Bolivariana de Venezuela, como Estados Asociados.

Mayores. En dicha oportunidad, Argentina presentó la propuesta de incorporar la temática de los derechos de los/as Adultos/as Mayores a la agenda de la RADDHH<sup>92</sup>.

Los Presidentes de los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados, reunidos en la ciudad de San Juan, República Argentina, el 3 de agosto de 2010, en ocasión de la XXXIX Reunión del Consejo del Mercado Común, reiteraron su interés en profundizar el tratamiento de los Derechos de los Adultos Mayores en la Organización de Estados Americanos y en las Naciones Unidas, con el objetivo de contar con un instrumento internacional jurídicamente vinculante que asegure los derechos de los mismos, promoviendo de esa forma una vejez con dignidad.

Como podemos comprobar, hay una creciente preocupación por la situación de vulnerabilidad en el ejercicio de derechos en que se encuentran las personas mayores en el mundo y una mayor conciencia del valor que tendría un instrumento internacional jurídicamente vinculante, amplio e integral que promueva, proteja y asegure los derechos y la dignidad de las personas mayores/ de edad.

### *C. Normatividades nacionales*

La concepción de *sujeto de derecho* es inherente al carácter de ser humano. Como hemos expresado precedentemente, las personas mayores son sujetos de especiales derechos, cuya concreción avanza rápidamente, tanto en el campo del Derecho Internacional, Comunitario y de la Integración, como en el del Derecho de fuente autónoma.

El desafío es enorme, debido a que en el contexto actual, junto con lograr que las personas mayores sean reconocidas como sujetos de derechos, se deben crear reglamentos, políticas e instituciones que les garanticen su pleno goce y ejercicio.

Los Estados deben promover el pleno goce de los derechos de las personas de edad, creando condiciones jurídicas, políticas, económicas,

---

<sup>92</sup> Véase *XI Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados*, en línea [http: www.derhuman.jus.gov.ar/mercosur]

sociales y culturales que permitan el desarrollo íntegro de la persona humana. Los países no sólo deben abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que, además, deberían realizar prestaciones positivas (medidas administrativas y legislativas) para que el ejercicio de los derechos no sea ilusorio.

Algunos países de la región contienen disposiciones específicas en favor de las personas mayores en sus Constituciones Nacionales. Las Constituciones son el pilar fundamental de las democracias. Tienen fuerza normativa en toda su integridad y son el fundamento del orden jurídico de un Estado<sup>93</sup>.

En América Latina, varios países han creado un organismo público a cargo de las políticas y programas para las personas mayores<sup>94</sup>.

En la pirámide jurídica del marco legal existente en los países de la región se puede encontrar, en un rango intermedio, leyes relacionadas con las personas mayores. En general, se tratan de leyes especiales de protección<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Podemos mencionar: Argentina (1994), Bolivia (1994), Brasil (1988), Colombia (1991), Costa Rica (1949), Cuba (1976), Ecuador (2008), Guatemala (1993), Honduras (1982), México (1971), Nicaragua (1995), Panamá (1972), Paraguay (1992), Perú (1993), Puerto Rico (1952), República Dominicana (1994), Venezuela (2000), con sus últimas reformas.

<sup>94</sup> Se trata de direcciones dentro de un ministerio sectorial (la Argentina, el Ecuador, el Estado Plurinacional de Bolivia, el Paraguay, el Perú y Honduras); de institutos o servicios (Chile, la República Bolivariana de Venezuela, México y el Uruguay) o de un consejo (Brasil, Costa Rica y la República Dominicana). También hay otros donde se trata de un programa (Cuba y Guatemala), o bien de un área del bienestar social en que las personas mayores son consideradas parte de las poblaciones vulnerables (Colombia y Panamá). En el Caribe de habla inglesa también existe un amplio desarrollo de las instituciones encargadas de las personas mayores. Las Antillas Neerlandesas, Aruba, las Bahamas, Barbados, Belice, las Islas Vírgenes Británicas, Guyana, Saint Kitts y Nevis y Santa Lucía cuentan con una institución específica dedicada al tema. Cfr. Boletín 9, Envejecimiento y desarrollo en América Latina y el Caribe (CEPAL, ASDI - Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo p. 11, UNFPA) [http://www.eclac.org/celade/noticias/documentosdetra\\_bajo/5/45545/Boletin9.pdf](http://www.eclac.org/celade/noticias/documentosdetra_bajo/5/45545/Boletin9.pdf)

<sup>95</sup> Dentro de los países con normativas nacionales especiales referidas a la protección, mencionamos los siguientes: República Argentina: Ley N° 25.724, Programa de Nutrición y Alimentación Nacional (2003); Ley N° 21.074 de Subsidios y

Podemos decir que en el ordenamiento jurídico argentino vigente no existen normas de Derecho internacional privado de fuente autónoma y/o convencional y/o institucional que regulen la materia de la protección internacional de los adultos.

#### **IV. Hacia una convención de derechos de las personas mayores**

Como hemos expresado precedentemente, podemos comprobar que hay una creciente preocupación por la situación de vulnerabilidad en el ejercicio de derechos en que se encuentran las personas mayores en el mundo y hay cada vez mayor conciencia de la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante. Desde la ONU, la OEA, el MERCOSUR, gobiernos, organizaciones de profesionales y organizaciones civiles, se trabaja para promover una Convención de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Antecedentes de ello a nivel regional es la Declaración de Brasilia de 2007<sup>96</sup> y la iniciativa de las Altas Autori-

---

Asignaciones Familiares; Ley 24.417 Protección contra la Violencia Familiar; Ley N° 24.734, sobre el Derecho al uso de los servicios del sistema de cobertura médica a beneficiarios de pensiones a la vejez; Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario N° 25.561; Decreto Reglamentario 71/2002; Resolución N° 6 del Ministerio de Economía; Ley 25.587 Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario; Decreto 905/02, Canje bonos por depósitos reprogramados; Decreto 1316/02, de fecha 24/07/2002, Ley de Jubilaciones N° 24.241; Ley 13.944 “Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar” (Ámbito Penal); Ley 24.660 “Ejecución de la pena privativa de la libertad” (Ámbito Penal). Perú (2006) Ley de las personas adultas mayores; Honduras (2005) Ley Integral de Protección al Adulto Mayor y Jubilados; Venezuela (2005) Ley de Servicios Sociales; Brasil (2003) Ley 10.741 Estatuto de Derechos de los Idosos; Paraguay (2002) Ley N° 1885/02 de las personas adultas mayores; Uruguay, Ley 17.796 Promoción Integral de los Adultos Mayores; Nicaragua (2010): los diputados ante la Asamblea Nacional aprobaron por unanimidad con fecha 6/5/2010, la Ley del Adulto Mayor, con el fin de establecer el “régimen jurídico e institucional de protección y garantías para el adulto mayor”, la cual establece una serie de derechos para aquellas personas -hombres y mujeres- que pasan de los 60 años de edad, y que en Nicaragua se calculan en más de 500 mil ciudadanos.

<sup>96</sup> La Declaración de Brasilia de 2007 en su artículo 26 expresa: “Nos comprometemos a realizar las consultas pertinentes con nuestros gobiernos para impulsar la elaboración de una Convención sobre los derechos de las personas de edad”.



dades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados de 2008.

En el marco de la OEA, la Asamblea General mediante sus resoluciones AG/RES. 2455 (XXXIX-O/09) y AG/RES. 2562 (XL-O/10), instó al Consejo Permanente para que convocara una “sesión extraordinaria sobre Derechos humanos y personas adultas mayores, con representantes nacionales y expertos provenientes del sector académico y de la sociedad civil, así como de organismos internacionales, con el objetivo de intercambiar información y buenas prácticas, y examinar la viabilidad de elaborar una convención interamericana sobre los derechos de las personas adultas mayores.” Dicha sesión se llevó a cabo el 28 de octubre de 2010 y contó con la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Organización Panamericana de la Salud y el Fondo de Población de las Naciones Unidas.

Asimismo, en el marco de las Cumbres de las Américas, las Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas se comprometieron a continuar “trabajando para incorporar los temas de la vejez en las agendas de política pública” y a promoverlos en el marco regional, tomando en cuenta los esfuerzos que se están llevando a cabo en el ámbito interamericano en la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante para proteger los derechos de las personas mayores y la consideración del tema en el ámbito internacional<sup>97</sup>.

Posteriormente, mediante la Resolución AG/RES. 2654 (XLI-O/11), la Asamblea General solicitó al Consejo Permanente que estableciera “un grupo de trabajo conformado por representantes nacionales y expertos provenientes del sector académico y de la sociedad civil, así como de organismos internacionales y agencias especializadas,” para que este, después de elaborar un informe que analizara “la situación de las personas mayores en el Hemisferio y la efectividad de los instrumentos universales y regionales vinculantes de derechos humanos con relación a la protección de los derechos de las personas mayores”, preparara “un

---

<sup>97</sup> Proyecto de plan de trabajo del Grupo de Trabajo sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (2012 -2013) (Presentado por la Presidencia según lo acordado en las reuniones informales celebradas el 29 de agosto y el 7 de septiembre de 2012) [http://www.ippdh.mercosur.int/backend/Uploads/Proyecto\\_plan\\_trabajo.pdf](http://www.ippdh.mercosur.int/backend/Uploads/Proyecto_plan_trabajo.pdf)

proyecto de convención interamericana para la promoción y protección de los derechos de las personas mayores” que debería ser presentado al Consejo Permanente antes de que finalizara el primer semestre de 2012<sup>98</sup>. Contar con una Convención sobre los Derechos de las Personas Mayores permitiría unificar criterios y resolver la dispersión normativa que existe respecto de los instrumentos internacionales que se refieren a esta temática<sup>99</sup>.

En la III Reunión de Seguimiento de la Declaración de Brasilia «*Por los Derechos de las Personas Mayores*», se establecieron los Lineamientos para una *Convención de los Derechos de las personas mayores/ de edad*, amplia e integral para “*Promover, Proteger y Asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas mayores/de edad, y promover el respeto de su dignidad inherente*”. Dicha Convención contribuiría a disminuir la dispersión normativa y a promover la inclusión y participación de las personas mayores/de edad, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural.

Se considera “*persona mayor*” o “*persona de edad*” a los efectos de una futura *Convención de Derechos de las Personas Mayores/ de edad*, aquélla con edad igual o superior a los 60/65 años.

---

<sup>98</sup> Durante el año 2012, especialistas y delegados de los Estados Miembros han mantenido reuniones de diálogo sobre el tema, en las que se han consolidaron consensos y se han discutidos elementos que serán tomados en cuenta en las negociaciones formales de la convención, según el mandato de la Asamblea General mediante la resolución AG/RES. 2726 (XLII-O/12). Particularmente el Foro Mundial sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, celebrado en la Ciudad de México del 26 al 28 de marzo de 2012 y la Reunión de Expertos para la búsqueda de consensos de una Convención Interamericana para proteger los derechos de las personas mayores, celebrada en la ciudad de Buenos Aires, del 19 al 21 de septiembre. Según el Cronograma de Reuniones del Grupo de Trabajo para el período 2012-2013, el 15 y 16 de abril de 2013 se continuó con la . Negociación formal del Proyecto de Convención Interamericana sobre derechos humanos de las personas mayores, documento CAJP/GT/DHPM-37/12 y se dio comienzo a la Negociación del Proyecto de Resolución.

<sup>99</sup> Una Convención en la que se reconozcan e incorporen diversos instrumentos de Derecho internacional, Declaraciones Universales, Pactos Internacionales, Convenciones, Instrumentos Programáticos, Instrumentos y Esfuerzos Regionales relacionados con las personas mayores.

Se espera que los países continúen dialogando sobre aquellos temas que son centrales de incorporar en un instrumento dirigido a proteger los derechos de las personas de edad y que avancen, asimismo, en la definición de una estrategia común para impactar en el escenario mundial y posicionar los acuerdos de la Declaración de Brasilia.

La Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento fija tres áreas prioritarias de la problemática de las personas de edad avanzada: *seguridad económica, salud y entornos favorables*.

La particular vulnerabilidad de las personas mayores/de edad que las diferencia de otros grupos de especial consideración, exige incorporar el tema del envejecimiento en todos los ámbitos de las políticas públicas, destinar y gestionar los recursos humanos, materiales y financieros para lograr un adecuado seguimiento y evaluación de las medidas puestas en práctica e incorporar en las políticas públicas hacia este sector, variables como etnia, raza, género, etc.

Pese a los esfuerzos, avances y desafíos en materia de vejez y envejecimiento a nivel internacional y regional, persiste la diversidad de situaciones y de logros entre países y subregiones, como también el predominio de acciones de carácter asistencial que no dan cuenta de la necesidad de un enfoque de derechos en materia de políticas públicas. El envejecimiento puede generar discapacidades y dependencia que requieren servicios especiales orientados a su atención integral.

Es necesario un cambio de paradigma, desde el asistencialismo a una perspectiva fundada en el enfoque de derechos que reconoce las valiosas contribuciones existentes y potenciales de las personas mayores /de edad. Ello revela la necesidad de crear marcos legales y mecanismos de supervisión para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas mayores/de edad, como así también, facilitar la formulación y el cumplimiento de leyes y programas de prevención, de abuso, abandono, negligencia, maltrato y violencia contra las personas mayores/de edad.

El Comité Especial de la CEPAL sobre Población y Desarrollo en sus acuerdos 2010-2012 estableció los Pasos a seguir para avanzar hacia una *Convención Internacional de los Derechos de las Personas Mayores*, desde la perspectiva de América Latina y El Caribe, señalando

los aspectos generales y específicos que deben cumplirse en dicho proceso en el marco de la CEPAL<sup>100</sup>:

**a) Aspectos generales**

- Fortalecer las instancias de negociación entre los países de la región y fuera de ella:
- Fortalecer el movimiento de organizaciones de la sociedad civil y de personas mayores como propulsor de la Convención:
- Desarrollar acciones de incidencia hacia los Estados para apoyar el impulso de una Convención:

**b) Aspectos específicos**

- Solicitud a la Secretaría Ejecutiva de la CEPAL para que transmita al Secretario General de las Naciones Unidas el interés de los países presentes en esta reunión de establecer un grupo de trabajo encargado de liderar el proceso de elaboración de un tratado internacional para proteger los derechos de las personas mayores; y
- encomendar a la CEPAL, el desarrollo de un encuentro regional con ocasión de la celebración del segundo ciclo de examen y evaluación del Plan de Acción Internacional de Madrid
- Además, instar a la CEPAL a que continúe brindando apoyo técnico a los países para la aplicación de la Declaración de Brasilia, con especial referencia a los temas de políticas públicas y su financiamiento, información, investigación y Derechos Humanos.

El valor y la necesidad de una Convención Internacional de los Derechos de las Personas de Edad lo exigen los *Derechos de particular interés de las personas de edad*, tales como:

- Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad;
- Derecho a un nivel de vida adecuado y al acceso a los servicios sociales;

---

<sup>100</sup> Cfr. Jaspers Faijer, Dirk, director CELADE-División de Población CEPAL, hacia una convención internacional de los derechos de las personas mayores, desde la perspectiva de América Latina y el Caribe <http://xa.yimg.com/kq/groups/10836661/359369551/name/Hacia+Convenci%C3%B3n+Adultos+Mayores.pdf>

- Derechos y libertades fundamentales de las personas institucionalizadas;
- Derechos de grupos específicos<sup>101</sup>.

## V. Reflexiones finales

El envejecimiento de la población se experimenta en todos los países en distinta medida y se traduce en nuevos dilemas para la formulación de políticas públicas pero también para las familias y la sociedad.

El actual sistema internacional de derechos humanos no protege a las personas mayores tal como lo hace con otros grupos vulnerables; la discriminación hacia la edad y la vejez existe y es un tema que debe ser abordado urgentemente a nivel mundial y regional.

Es necesario reafirmar la importancia de ampliar e intensificar programas universales de protección social para adultos mayores, atendiendo a la deuda social histórica de nuestros países hacia dicho colectivo.

Por ello, consideramos que en el ámbito de la UNASUR se deben crear y consolidar espacios de cooperación e intercambio entre los países que contribuyan a reforzar una estructura jurídica que permita atender a las personas mayores como sujetos de derechos y, al mismo tiempo, adoptar una política regional sobre el envejecimiento basada en los instrumentos internacionales, enfocada en promover y ampliar la seguridad económica, la cobertura de la seguridad social, el estilo de vida saludable, la vida activa en la vejez, el entorno amigable, y la eliminación de la discriminación, el abuso y el maltrato de las personas mayores.

Esas políticas y programas de acción deberán basarse en el principio de *inviolabilidad de la persona* con el consiguiente reconocimiento de su *dignidad*, su *autonomía*, la *neutralidad moral del Estado* y la *tolerancia*. El principio de *dignidad* consagra al hombre como fin en sí mismo y conforme al principio de *autonomía*, el hombre es libre de establecer su propio proyecto de vida. Los principios de *igualdad* y *tolerancia* contemplan el deber de no discriminar por razón de raza, religión, nacionalidad, sexo orientación sexual e ideología.

---

<sup>101</sup> Mujeres mayores, ancianos indígenas, personas mayores en situaciones de crisis o emergencia, personas mayores privadas de libertad.

Es una exigencia ante el panorama demográfico actual, internacional y regional, fortalecer la protección de los derechos de las personas mayores, mediante la revisión de los instrumentos de derechos humanos existentes y la manera que estos abordan los derechos de estas personas vulnerables.

Es un constante desafío para los gobiernos y las organizaciones de la sociedad civil diseñar políticas públicas y profundizar los ámbitos de diálogo y cooperación que contribuyan a transitar hacia un desarrollo más amplio, igualitario y solidario, en pos del bienestar de todos los habitantes y que permita progresar, de manera efectiva, en la construcción de una *sociedad para todas las edades* en el marco regional de la UNASUR.

A fin de adaptar los instrumentos internacionales de Derechos Humanos al nuevo escenario demográfico es indispensable lograr consenso entre los Gobiernos para acordar una Convención Internacional sobre los derechos de las personas adultas mayores, que: a) *fije* una posición definitiva global que la discriminación por edad es inaceptable legal y moralmente; b) *establezca* un enfoque de derechos en las políticas y acciones dirigidas a las personas mayores; c) *clarifique* las obligaciones de los Estados con respecto a las personas de edad para garantizar el respeto de los derechos humanos; d) *precise* los contenidos de los derechos sustantivos de las personas de edad, como así también los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; e) *implemente* un mecanismo de supervisión efectivo y vinculante para que los Estados y sus autoridades cumplan los compromisos asumidos con las personas mayores.

Esperamos que este trabajo constituya un aporte para dar mayor visibilidad a los asuntos del envejecimiento y las personas mayores, temas actuales que requieren: recopilación de datos y estadísticas; desarrollo de investigaciones, sistemas de información, asistencia técnica en políticas públicas, formación de capacidades técnicas, mayor institucionalidad, solidaridad intergeneracional y cooperación internacional.

Para todos aquellos que vivimos en este mundo, lo que importa realmente es la manera en que llevamos o llevaremos nuestra vejez.

¿Qué importancia le concedemos hoy y en el futuro a la *autonomía* y a la *independencia*, al poder que implica la responsabilidad y la libertad de decidir, cómo y con quién vivir? Trabajemos por un mundo que sea más amigable para quienes hoy ya son mayores y para que la bienvenida a este largo trecho de la vida sea más cordial para quienes año a año nos iremos sumando a este creciente grupo de grandes personas.

# EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A SER CONSULTADOS. APORTES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

María Teresa PONTE IGLESIAS

Esta contribución a tan merecido libro homenaje quiere testimoniar mi reconocimiento a la amiga y colega Profesora Zlata Drnas de Clément por su buen hacer universitario y su enorme calidad humana, pero por encima de todo dejar constancia de una larga y dilatada amistad, forjada en el Centro de Estudio y de Investigación de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en la sesión de 1990; desde entonces hemos compartido muchos momentos de nuestra vida universitaria y personal.

\*\*\*\*\*

## I. Introducción

Los pueblos y nacionalidades indígenas de América Latina constituyen uno de los grupos de población objeto de mayor devaluación social y sistemática exclusión<sup>1</sup>. Durante largas décadas –y aún en la actualidad-, esta *población originaria* ha sido obviada, sometida, marginada y discriminada negativamente en la mayoría de los casos. Incluso los recono-

---

<sup>1</sup> En Latinoamérica se localizan aproximadamente 650 grupos indígenas, integrados por unos 43 millones de personas que representan alrededor del 10% de la población total de la región y hablan diferentes idiomas de origen histórico.

cimientos formales-constitucionales sobre igualdad individual, en muchos países, no son más que meras proclamaciones semánticas.

Los indígenas han venido careciendo de *ciudadanía*. A nivel individual no se les ha protegido contra la eliminación física, el trabajo forzado o la esclavitud. Como *colectivos* también se han visto privados de sus derechos. En fin, los procesos de democratización y homogeneización cultural, con exclusión étnica, se convertirán en el eje articulador de la cohesión estatal. En el caso particular de la *República Argentina*, su población indígena estimada en la actualidad en el 1,7% de la población total<sup>2</sup>, ha sido víctima, al igual que en otros países de la región, de una política excluyente, homogeneizadora, centralista, unitaria y desconocedora de la realidad indígena. Hasta la *Constitución Argentina de 1994*, correspondía al Parlamento nacional la responsabilidad de “conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. Los mecanismos de asimilación empleados a lo largo de la historia de la nación argentina se basaron en la “imposición de la cultura hegemónica de matriz europea a través de instituciones, tales como la escuela o el servicio militar, cuyo objetivo fue la homogeneización cultural. En ambos se castigaba a quienes hablaban su idioma materno y se enseñaba una historia distorsionada”<sup>3</sup>. Además, la invisibilización de su

---

<sup>2</sup> Según “Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas” (ECPI) publicada en 2006, por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Las organizaciones indígenas han cuestionado este porcentaje, en particular por no haber incluido el criterio de la “autoidentificación indígena”, y porque todavía existen en el país muchas personas que disimulan su identidad indígena por temor a ser discriminadas. A juicio de estas organizaciones, la población indígena en la Argentina ronda los dos millones de personas repartidas en más de 31 pueblos indígenas, entre ellos: atacama, ava guaraní, aimara, chané, charrúa, chorote, chulupi, comechingón, diaguaita/diaguaita calchaquí, guaraní, huarpe, kolla, lule, mapuche, mbyá guaraní, mocoví, omaguaca, ona, pampa, pilagá, quechua, querandí, rankulche, sanavirón, tapiete, tehuelche, toba, tonocote, tupí guaraní, y wichí. Los pueblos indígenas con mayor población son los pueblos mapuche (la Patagonia), kolla (Jujuy y Salta), toba (Chaco, Formosa y Santa Fe) y wichí (Chaco, Formosa y Salta), en *La Situación de los Pueblos Indígenas en Argentina. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, James Anaya, A/HRC/21/47/Add.2, párrs. 6 y 5.

<sup>3</sup> *Pueblos originarios y Derechos Humanos*, Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación, Buenos Aires, noviembre de 2011, p. 3.



diversidad cultural fue acompañada de la usurpación de sus territorios y el despojo de sus tierras y recursos naturales.

Sin embargo, tras las reformas experimentadas en América Latina desde finales de los años 80, acompañadas de una serie de cambios que han impulsado el reconocimiento y fortalecimiento de *sociedades multiculturales o multinacionales* como principio de reorganización del Estado, los pueblos indígenas han iniciado un proceso de recuperación de su identidad indígena<sup>4</sup>. Ello también es visible en la *Argentina*, donde en las últimas décadas se han dado pasos en el reconocimiento de los derechos de estos pueblos. A nivel legislativo, no pasa desapercibida la “Ley N° 23.302 sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes”, cuyo art. 1 declara de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo con vistas a lograr su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades<sup>5</sup>. Mediante la reforma constitucional de 1994, el art. 75, inciso 17, de la *Constitución Nacional* incorporó entre las atribuciones del Congreso “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos

---

<sup>4</sup> Vid. Ponte Iglesias, M.<sup>a</sup> T., “Los Pueblos Indígenas ante el Derecho Internacional, *Agenda Internacional*, Pontificia Universidad Católica del Perú/Instituto de Estudios Internacionales, Año X, N.º 20, 2004, pp.149-172. *Id.*, Ciudadanía y consolidación democrática: la promoción y protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas”, *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, Vol. 8, núm. 1, 2009, pp. 153-177. *Id.*, “Estado multicultural y pueblos indígenas: autonomía y derechos colectivos. Ecuador y su nueva Constitución de 2008, un referente para los pueblos indígenas de América Latina”, *Actas del XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles 200 años de Iberoamérica (1810-2010) Congreso Internacional* (E. Rey Tristán/P. Calvo González eds.), Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la USC, Santiago de Compostela, 2010. *Id.*, “Estado multicultural, autonomía y derechos colectivos de los pueblos indígenas: el caso de Ecuador, en particular”, *Liber Amicorum Profesor José Manuel Peláez Marón* (Manuel Hinojo Rojas, coord.), Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2012, pp. 637-660.

<sup>5</sup> Esta Ley, promulgada el 8 de noviembre de 1985, prevé la elaboración de planes que posibiliten el acceso de las comunidades indígenas a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal así como la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes.

indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”<sup>6</sup>. Además, por “Ley N° 26.160 sobre la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquéllas preexistentes”, se ordena la suspensión de la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras habitadas por comunidades indígenas<sup>7</sup>.

Entre otros avances normativos internos obrados en Argentina en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas también merecen destacarse algunas *leyes de carácter sectorial*: “Ley N° 26.206 de Educación Nacional” cuyo artículo 1, inciso ñ) señala que uno de los fines y objetivos de la política educativa nacional es “Asegurar a los pueblos

---

<sup>6</sup> La Ley N° 25.607, promulgada el 4 de julio de 2002, se establece la realización de una campaña de difusión de los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el inciso 17 del art. 75 de la Constitución. La planificación, coordinación, ejecución y evaluación de dicha campaña se realizarán en cooperación con el *Instituto Nacional de Asuntos Indígenas* y la participación activa y directa de los pueblos indígenas involucrados, que serán convocados respetando sus formas de organización. Para el cumplimiento de los fines de dicha campaña, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas facilitará la traducción del contenido del inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional a las diferentes lenguas de los pueblos que hoy habitan en la República Argentina, en forma oral y escrita.

<sup>7</sup> Promulgada el 23 de noviembre de 2006 ante los conflictos planteados en varias zonas del país entre comunidades indígenas y presuntos titulares privados. Esta Ley fue prorrogada por la “Ley N° 26554, de 9 de diciembre de 2009, sobre prórroga de los plazos establecidos en la Ley N° 26.160 en relación con la declaración de la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas originarias”.

indígenas el respeto a su lengua y a su identidad cultural, promoviendo la valoración de la multiculturalidad en la formación de todos/as los/as educandos/as”. Su capítulo XI (artículos 52 y 53) establece la Educación Intercultural Bilingüe con el fin de garantizar el derecho constitucional de los pueblos indígenas a recibir una educación que promueva las culturas y lenguas indígenas<sup>8</sup>; “Ley N° 25.517 Decretos Comunidades Indígenas” por la que se dispone que, deberán ser puestos a disposición de los pueblos indígenas y/o comunidades de pertenencia que lo reclamen, los restos mortales de aborígenes, que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas. Además, todo emprendimiento científico que tenga por objeto a las comunidades aborígenes, incluyendo su patrimonio histórico y cultural, deberá contar con el expreso consentimiento de las comunidades interesadas<sup>9</sup>; o la “Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual” que establece como uno de los objetivos de los servicios de comunicación audiovisual y los contenidos de sus emisiones “La preservación y promoción de la identidad y de los valores culturales de los Pueblos Originarios”, mediante el uso de sus lenguas y la instalación y funcionamiento de servicios de comunicación audiovisual por radiodifusión sonora con amplitud modulada y modulación de frecuencia así como de radiodifusión televisiva abierta<sup>10</sup>.

Paralelamente, las provincias argentinas con fuerte presencia indígena han reconocido en sus *constituciones provinciales* los derechos de estos pueblos<sup>11</sup>, y han adoptado también legislaciones específicas sobre cuestiones indígenas<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Promulgada el 27 de diciembre de 2006. Ver también el art. 92 relativo a los contenidos curriculares.

<sup>9</sup> Promulgada el 14 de diciembre de 2001, arts. 1 y 3.

<sup>10</sup> Promulgada el 10 de octubre de 2009, arts. 9, 151 y 152. Destacar también el Decreto 278/2011 “Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que facilita el acceso al DNI de todas las personas integrantes de pueblos indígenas (art. 12).

<sup>11</sup> Es el caso de la Provincia de *Chaco* (reforma constitucional 1994), art. 37; Provincia de *Chubut* (reforma constitucional 1994), arts. 34 y 95; Provincia de *Entre Ríos* (reforma constitucional 2008), art. 33; Provincia de *Formosa* (reforma constitucional 1991); art. 79; Provincia de *Jujuy* (reforma constitucional 1986), art. 50; Provincia de *La Pampa* (reforma constitucional 1994), art. 6. 2°; Provincia de *Neuquén* (reforma constitucional 2006), art. 53; Provincia de *Río Negro* (reforma

A nivel nacional, la República Argentina también ha impulsado la creación de un *marco institucional básico* encargado de las cuestiones indígenas. Es el caso del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI)<sup>13</sup>, del Consejo Nacional de Participación Indígena<sup>14</sup>, de la Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena<sup>15</sup>, y de la

---

constitucional 1988), art. 42; Provincia de *Salta* (reforma constitucional 1998), art. 15; Provincia de *Tucumán* (reforma constitucional 2006), Capítulo Quinto “Derechos de las Comunidades Aborígenes” (art. 149). Asimismo, la Provincia de *Buenos Aires* (reforma constitucional 1994) “reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas, y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan» (art. 36 inc.9).

<sup>12</sup> Entre otras: Provincia de *Chaco*: “Ley 3567. Creación del Instituto de Comunidades Indígenas” (Boletín Oficial, 30 de agosto de 1991); “Ley 4013. Creación del Registro de Comunidades Indígenas” (Boletín Oficial, 19 de octubre de 1994); “Ley 4384. Subprograma integral de mejoramiento de la calidad de vida de las comunidades aborígenes” (Boletín Oficial, 17 de julio de 1998). Provincia de *Santa Fe*: “Ley 11.078. Ley de Comunidades Aborígenes” (Boletín Oficial, 4 de enero de 1994). Provincia de *Misiones*: “Ley 2727. Aborígenes – Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes – Creación de Comunidades Guaraníes” (Boletín Oficial, 27 de diciembre de 1987). Provincia de *Neuquén*: “Ley 2342. Áreas Naturales Protegidas de la Provincia de Neuquén, Capítulo XIII – Territorio Indígena Protegido” (Boletín Oficial, 1 de diciembre de 2000). *Tierra del Fuego*: “Ley 403. Adjudicación de tierras a las comunidades del Pueblo Ona” (Boletín Oficial, 27 de julio de 1998).

<sup>13</sup> Creado por la ya citada Ley N° 23.302 de 1985 como entidad descentralizada con representación indígena, elegida por las comunidades aborígenes. Entre sus funciones figuran: i) llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas y disponer la inscripción de las comunidades que lo soliciten; ii) elaborar e implementar planes de adjudicación y explotación de las tierras, de educación y de salud; iii) proponer el presupuesto para la atención de los asuntos indígenas; y iv) asesorar en todo lo relativo al fomento, promoción y desarrollo de las comunidades indígenas del país.

<sup>14</sup> Constituido en el año 2004 en el ámbito del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Entre sus funciones se incluyen: i) acompañar a las Comunidades Indígenas de los Pueblos que representan en la formulación de proyectos participativos de desarrollo comunitario; ii) promover la participación de las Comunidades Indígenas en el Programa Nacional de “Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas” y en el proceso de regularización de dominio del territorio que tradicionalmente ocupan; y iii) formular propuestas de Política Indígena.

<sup>15</sup> Fue establecida por Decreto 700/2010, de 20 de mayo de 2010. La Comisión funciona en el ámbito del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. En su composición cuenta con la participación de representantes de los pueblos indígenas propues-

Dirección de Afirmación de los Derechos Indígenas<sup>16</sup>. Estas instituciones han promovido y propiciado políticas públicas para hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el inciso 17 del art. 75 de la Constitución nacional<sup>17</sup>.

Este marco normativo interno se ha visto reforzado por la ratificación del “Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, de 27 de junio de 1989 (en adelante “Convenio 169”)<sup>18</sup>; del “Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe”, de 24 de julio de 1992<sup>19</sup>; y por el voto a favor de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, de 13 de septiembre de 2007 (en adelante “Declaración de las Naciones Unidas” o “Declaración de Pueblos Indígenas”).

---

tos por las organizaciones territoriales indígenas y el Consejo de Participación Indígena. Tiene como tareas: i) Elevar al Poder Ejecutivo Nacional una propuesta normativa para instrumentar un procedimiento eficaz en la garantía constitucional del reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria indígena, precisando su naturaleza jurídica y características; ii) Evaluar la implementación del Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas en el marco de las Leyes N° 26.160 y N° 26.554; y iii) Elaborar iniciativas dirigidas a unificar u homogeneizar el régimen legal y de criterios de inscripción de las Comunidades Indígenas en todas las jurisdicciones.

<sup>16</sup> Establecida por Decreto 702/2010, de 20 de mayo de 2010, se integra también dentro de la estructura del INAI con la responsabilidad primaria de promover la mayor participación de los pueblos indígenas en los procesos generadores de políticas públicas que los afecten, impulsando entre dichos pueblos el pleno ejercicio de sus derechos a través del conocimiento de los mismos y de los instrumentos para ejercerlos.

<sup>17</sup> A este respecto el INAI ha creado el “Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas” ordenado por la Ley N° 26.160 (Dto. Reglamentario 1122/07); el “Programa Fortalecimiento Comunitario, (Acceso a la Justicia)”, Resolución N° 235/04, mediante el cual se subsidia a la Comunidad Indígena que lo solicite, para afrontar los gastos que demanden la defensa o promoción de las acciones jurídicas que tengan como objetivo la regularización de dominio de las tierras que ocupan ancestralmente; o el “Programa de Apoyo a la Educación Intercultural Aborigen” (1997).

<sup>18</sup> Su entrada en vigor tuvo lugar el 5 de septiembre de 1991. Argentina lo ratificó el 3 de julio de 2000.

<sup>19</sup> Argentina firmó el Convenio Constitutivo el 24 de julio de 1992 y lo ratificó el 18 de marzo de 1996.

Tal como acabamos de apreciar, se advierte, sin duda, los avances en el reconocimiento jurídico de los derechos de los pueblos indígenas en la Argentina. Pero todavía “es mucho el camino que resta por recorrer en cuanto a las adecuaciones del marco jurídico y más aún en cuanto a la transformación de las prácticas de las instituciones públicas y en la cultura dominante, para alcanzar el reconocimiento y efectivo cumplimiento de los derechos de los pueblos originarios. La integración social y cultural de estos pueblos, partiendo del respeto a su identidad y diversidad, su derecho al desarrollo autónomo y a la participación real, activa e informada en el diseño y ejecución de las políticas públicas que los afectan, es el gran desafío al que se enfrentan la sociedad y el Estado”<sup>20</sup>. A juicio del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, “persiste una brecha significativa entre el marco normativo establecido en materia indígena y su implementación. Es necesario que el Estado, tanto a nivel federal como provincial, priorice y dedique mayores esfuerzos a los temas relacionados con los derechos humanos de los pueblos indígenas. En particular, el Estado debe adoptar políticas públicas claras, así como elaborar directrices para los funcionarios de gobierno tanto a nivel federal como provincial, y medidas legislativas y administrativas adicionales para impulsar un mayor conocimiento y acción estatal en materia indígena entre todos los interesados, incluyendo ministerios, parlamentarios, autoridades judiciales y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”<sup>21</sup>.

Entre las preocupaciones centrales expresadas por representantes indígenas durante la visita del Relator Especial Anaya realizada a la Argentina a finales de noviembre de 2011, se incluyen los temas relacionados con el reconocimiento y protección de las tierras y los recursos naturales, la existencia y promoción de proyectos de industrias extractivas dentro o cerca de territorios indígenas, y el establecimiento de parques nacionales y áreas protegidas, siendo de relevante interés en estos temas atender a la cuestión de la *ausencia de consulta efectiva con los pueblos indígenas* antes de emprender dichos proyecto y de participación de estos pueblos en la toma de decisiones que les afectan. Es por ello que

---

<sup>20</sup> *Pueblos originarios y...*, cit., p. 13.

<sup>21</sup> *La Situación de los Pueblos Indígenas en Argentina...*, cit., parr. 80.

nuestro trabajo lo vamos a centrar en el examen del *derecho de los pueblos indígenas a ser consultados*. Y, a este respecto, cobra una particular importancia los aportes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte Interamericana” o “Corte”), en particular su reciente sentencia dictada en el *caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*<sup>22</sup> por suponer un gran avance en la promoción efectiva del *derecho a la consulta y a la participación* de los pueblos indígenas cuando el Estado pretenda llevar a cabo proyectos de extracción de recursos naturales, planes de inversión o desarrollo, o de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones para estos pueblos.

## **II. El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados. la situación en Argentina**

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados esta garantizado tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de las Naciones Unidas. El art. 6, párrs. 1 y 2 del Convenio obliga a los Estados Parte a realizar consultas con los pueblos indígenas “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”. Estas consultas “deberán efectuarse 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”<sup>23</sup>. La Declaración recoge también esta obligación de consulta a los pueblos indígenas con carácter previo a la toma de decisiones que puedan afectar directamente a sus intereses. La consulta deberá tener por objetivo llegar al consenso acerca de dichas medidas. Este objetivo debe guiar tanto al Estado como a la parte indígena en el proceso de consulta<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Corte IDH: *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*, Sentencia de 27 de junio de 2012.

<sup>23</sup> Ver también los arts. 15.2, 17.2, 22.3, 27.3 y 28 del Convenio.

<sup>24</sup> Arts. 19 y 32 de la Declaración. Este derecho se menciona también en arts. 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 36 y 38.

Nos encontramos, por tanto, ante un derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y un correlativo deber del Estado de celebrar consultas con estos pueblos sobre decisiones que les afecten. El pleno respeto de este derecho exige del Estado la articulación de *mecanismos de consultas especiales y diferenciadas*, antes de adoptar decisiones respecto de medidas legislativas o administrativas -incluidas las referentes a la extracción de recursos naturales o a otras actividades de desarrollo-, susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. Sin embargo, cuando se trata de la aplicación práctica de este derecho se advierte, con demasiada frecuencia, que los Estados no cumplen con su obligación de consulta. Con todo, en los últimos años se ha producido una positiva tendencia de los Gobiernos a entablar negociaciones con los pueblos indígenas y a desarrollar procedimientos de consultas. En el *contexto latinoamericano*, observamos el caso de *Perú* con la reciente aprobación de la “Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”;<sup>25</sup> de *Colombia* y su Proyecto de ley estatutaria “Por la cual se regula la Consulta Previa para los Pueblos Étnicos y se dictan otras disposiciones”; de *Guatemala* y su Borrador del “Reglamento para el proceso de consulta del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, de 3 de febrero de 2011; o de *Chile* con la Propuesta de gobierno para “Nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad con los arts. 6 y 7 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, de 8 de agosto de 2012.

Por lo que respecta a la *Argentina* apreciamos la ausencia de regulación nacional y provincial así como la inexistencia de mecanismos administrativos institucionalizados sobre consulta y participación de los pueblos indígenas. Tampoco encontramos iniciativa alguna dirigida a establecer una regulación en este sentido. Tan solo la “Ley General del Ambiente Nacional” recoge en términos generales el derecho de toda persona a

---

<sup>25</sup> Ley adoptada el 31 de agosto de 2011 (*Normas legales*, 7 de septiembre de 2011). Completada por el Reglamento de la Ley N° 29785, “Ley del Derecho a la Consulta Previa los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC.



ser consultada y a opinar en los procedimientos administrativos relacionados con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general<sup>26</sup>. Sin embargo, estos procesos de consulta abiertos al público en general no satisfacen las necesidades de una consulta directa y diferenciada con los pueblos indígenas afectados de forma significativa por una medida o un proyecto. Otras leyes sectoriales, relevantes en el ámbito que nos ocupa, como por ejemplo el “Código de Minería” guardan silencio sobre el derecho de consulta respecto de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, omitiendo toda referencia a la participación de los pueblos indígenas en la gestión de estos recursos y en los beneficios que generan tales actividades.

Esta ausencia de mecanismos de consulta con los pueblos indígenas en la legislación argentina, sumada a las *concesiones otorgadas a in-*

---

<sup>26</sup> Ley N° 25.676 promulgada parcialmente el 27 de Noviembre de 2002 (art. 19). Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas como instancias obligatorias para la autorización de actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. Sin embargo, “la opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes” (art. 20). La participación ciudadana deberá asegurarse, tanto en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental como en los planes de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados (art. 21). Ahora bien, como advierte el Relator Especial Anaya, conviene tener presente que “cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas, se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas, procedimientos especiales que se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los pueblos indígenas, y porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender a las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas, que por lo general están marginados en la esfera política. El deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas, así como los diversos componentes normativos de dicho deber, se basan en el reconocimiento generalizado, como se manifiesta en la Declaración, de las características distintivas de los pueblos indígenas y de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas” (*Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 42*).

*dustrias extractivas* para la explotación de recursos naturales, ha favorecido las demandas territoriales de los pueblos indígenas y la protesta de pueblos indígenas diseminados a lo largo del país. Las *Comunidades Mapuche* de la Patagonia son algunas de las que más sufren las consecuencias de las actividades de empresas petroleras. En particular, cabe destacar el caso de la *Comunidad Mapuche Wenctru Trawel Leufú* afectada por la invasión de su territorio de uso tradicional a resultas de la concesión otorgada a la empresa “Hidrocarburos Neuquén Sociedad Anónima” por el gobierno de la provincia de Neuquén<sup>27</sup>. Una sentencia dictada el 16 de febrero de 2011 por el Juzgado Civil N° 2, reconoce el *derecho de consulta* de esta Comunidad Mapuche a través del establecimiento de un auténtico diálogo entre las partes, caracterizado por el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y la intención de llegar a un

---

<sup>27</sup> Entre otros ejemplos: caso de la *Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá* en *Tucumán* afectada por el emprendimiento minero de “Bajo de la Alumbra” y por la concesión de permiso en el año 2009 a la empresa “Minera Agua Rica LLC”, para la explotación de otro yacimiento minero ubicado a unos 65 km del anterior. La autorización se realizó, al igual que en los demás casos, *sin consulta* previa a la comunidad indígena afectada. De ahí que la comunidad decidiese presentar una acción de amparo ambiental ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en abril de 2011, que todavía no ha sido resuelta, ni siquiera en lo que atañe a su admisibilidad. Asimismo, en la provincia de *Salta*, varias comunidades indígenas del Municipio de Embarcación, mantuvieron cortes de ruta durante 45 días para protestar por el daño ocasionado por la actividad de las empresas Tecpetrol y Petrobras, a las que en 2007 se les otorgara una concesión de 6.555 km<sup>2</sup>. La *Federación Wichí* ha realizado denuncias ante el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas por la falta de consulta a las comunidades y de estudios de impacto ambiental. También, en junio de 2011, las *Comunidades Kollas* realizaron varias protestas a raíz de la construcción de un gasoducto en su territorio. Igualmente en las provincias de *Jujuy* y *Salta* con motivo de la explotación de litio en Salinas Grandes, las comunidades originarias tampoco han sido consultada acerca de los eventuales efectos en su equilibrio comunitario y ecológico. Los respectivos gobiernos provinciales calificaron de interés público el proyecto de una empresa privada, declarando recurso natural estratégico las reservas minerales de litio. El 24 de noviembre de 2010 representantes de las comunidades indígenas afectadas presentaron una acción de Amparo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por *incumplimiento de la obligación de consulta* de conformidad con el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, el Convenio 169 y la Declaración de Pueblos Indígenas. Estos y otros casos pueden consultarse en *Informe sobre la Situación de los Pueblos Indígenas en Argentina: La agenda pendiente para el Relator de Pueblos Indígenas James Anaya*, Argentina, diciembre 2011.

acuerdo. Advierte, además, que la participación de la Comunidad debe ser libre y plena en todas las fases del proceso, y la consulta debe ser previa a la adopción de las decisiones. Resulta probado que no se ha dado cumplimiento al art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, art. 53 de la Constitución Provincial, ni tampoco a los arts. 6, 7 y 15 del Convenio 169 y arts. 10, 19, 29.2, 30.2 y 32.2 de la Declaración de Pueblos Indígenas<sup>28</sup>. Trasciende, además, muy significativamente, el hecho de que el Gobierno provincial mediante Ley N° 2615, de 9 de Octubre de 2008, prorrogó todas las concesiones petroleras, diez años antes de su vencimiento, sin ninguna consulta a las comunidades afectadas. La renovación de contratos se extiende hasta el 14 de Noviembre del año 2027.

Del mismo modo, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén en el caso de la *Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina* se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, señalando que la misma es, “en esencia, un derecho fundamental de carácter colectivo, por el que el Estado está obligado a instaurar procedimientos de buena fe destinados a recoger el parecer libre e informado de dichas comunidades, cuando se avizoren acciones gubernamentales, ya sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, a fin de establecer los acuerdos o medidas que sean meritorios”. El mismo Tribunal agregó que el “reconocimiento [del derecho a la consulta previa] surge como resultado de la conciencia de la necesidad de abogar de manera especial por la salvaguardia de los intereses de las poblaciones humanas que, por factores ligados a su identidad cultural, se han visto relegadas de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general. En ese orden de ideas, se erige como garantía de igualdad o mecanismo de equiparación, en cuanto a la aptitud real de dichas poblaciones de pronunciarse e influir sobre las disposiciones orientadas a repercutir en sus con-

---

<sup>28</sup> En relación con este asunto ver GOMIZ, M.M., “Fallo de la Comunidad Wenctru Trawel Leufú”, *Informe de la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Patagonia 2010-2011*, Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, Río Negro-Neuquén, Argentina, 2011, pp. 45-48.

diciones de vida, a fin de situarla en el mismo plano que la que corresponde a cualquier grupo de ciudadanos”<sup>29</sup>.

Otro ejemplo es el de la aprobación de un proyecto de uso de aguas públicas para emplazar la Central Hidroeléctrica Lago Escondido sin consulta ni participación previa de dos *Comunidades Mapuches Las Huaytekas y otras* por cuyo territorio, prevén atravesar el tendido hidroeléctrico de alta tensión, talando el bosque nativo a lo largo de 42 kilómetros<sup>30</sup>.

Cabe resaltar, también, la cuestión del establecimiento de parques nacionales y zonas protegidas en tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas. Es el caso de la *Quebrada de Humahuaca*, declarada patrimonio común de la Humanidad en el año 2003 por la UNESCO. A raíz de ello, como consecuencia del incremento del valor económico de esas tierras y la afluencia de turistas, la Provincia de Jujuy procedió a la entrega de títulos de propiedad a inversionistas extranjeros, despojando a las comunidades indígenas aledañas de sus tierras y recursos naturales. Ello motivó que la *Comunidad Indígena Cueva del Inca de Tilcara* denunciará la necesidad de instituir procesos adecuados de consulta con el fin de asegurar que no se violen sus derechos dentro de esta área, y se instrumenten mecanismos que permitan la participación de las comunidades indígenas en el control y manejo del lugar, así como en los beneficios económicos derivados.

A la vista de un panorama como este, revelador de la constante exclusión de los pueblos indígenas argentinos de los procesos de toma de decisiones de las políticas gubernamentales y provinciales que les concier-

---

<sup>29</sup> TSJN, Acuerdo n° 6 en autos “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad” del 25 de octubre de 2010, Expediente No. 1090/04.

<sup>30</sup> La decisión ha sido impugnada judicialmente por estas Comunidades junto a organizaciones en defensa de la naturaleza tramitada ante la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial IIIA. Circunscripción de Bariloche en los autos titulados: “Comunidad Mapuche Las Huaytekas y Otras S/ Amparo De Intereses Colectivos”, Expediente N° 00388-045-2010, que el 23 de diciembre de 2010 rechazó una petición de medida cautelar para que se suspenda la aprobación del trámite legislativo que autoriza el proyecto de uso de aguas del río para emplazar la hidroeléctrica hasta que pudiera realizarse la consulta.

nen, trasciende, muy significativamente, la importancia que reviste el derecho a la consulta para estos pueblos. Su reconocimiento y garantía efectiva es vital para el goce de otros derechos colectivos, en especial los derechos de participación y el derecho sobre las tierras y recursos naturales<sup>31</sup>. Urge, por tanto, a la Nación argentina regular un procedimiento de consulta y participación indígena para avanzar sustantivamente en el reconocimiento y protección de los derechos de sus pueblos y comunidades indígenas, de conformidad con las obligaciones asumidas tanto desde la vertiente del ordenamiento jurídico internacional como desde su derecho interno. A tal efecto, pensamos que la jurisprudencia de la Corte Interamericana aporta herramientas muy útiles para orientar a los Estados a esclarecer la naturaleza, el alcance y el contenido del derechos de los pueblos indígenas a ser consultados. Es por ello que a continuación

---

<sup>31</sup> Para la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, “uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales”. Además, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones susceptibles de afectarlos se relaciona directamente con el *derecho a la identidad cultural*, en la medida en que la cultura puede resultar concernida por tales decisiones. El Estado tiene la obligación de respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos (CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142. CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050). Por su parte, el Relator Especial Anaya ha subrayado: “Este deber es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad... De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular... En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados” (*Promoción y protección de todos los Derechos Humanos...*, cit., A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 41).

nos vamos a centrar en el análisis que realiza la Corte de este derecho en dos sentencias principales: una referida al *Caso del Pueblo Saramaka* y la otra al *caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*.

### III. El derecho de consulta de los pueblos indígenas a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en el *caso Saramaka* y recientemente en el *caso del Pueblo de Sarayaku* se han convertido en un referente de enorme importancia en el ámbito que nos ocupa. En ellas la Corte ha establecido que “una de las garantías fundamentales para asegurar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones relativas a medidas que afectan sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta”<sup>32</sup>.

La garantía de la participación efectiva de los integrantes de un pueblo indígena en los planes de desarrollo o de inversión proyectados dentro de su territorio, exige que el Estado cumpla una serie de requisitos: a) el deber de consultar, activamente y de manera informada, a dicho pueblo, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes; b) las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como objetivo llegar a un acuerdo; c) las consultas deben desarrollarse de acuerdo con sus propias tradiciones, en las primeras fases del plan de desarrollo o inversión y no solo cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso; d) el Estado debe asegurarse que los miembros de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos a fin de que puedan evaluar si aceptan o no el plan propuesto con conocimiento y voluntariamente; e) la consulta debe tener

---

<sup>32</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C. No. 172, párr. 134. Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*, cit., párr. 160.

en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones<sup>33</sup>. Además, el incumplimiento de esta obligación o la realización de la consulta sin observar estos requisitos, calificados de “esenciales” por la Corte, comporta la *responsabilidad del Estado*<sup>34</sup>.

Es importante resaltar también que la Corte Interamericana ha sentido la necesidad de ir más allá de la mera consulta; la consulta debe orientarse a obtener el *consentimiento libre, previo e informado* cuando se trata de planes de desarrollo e inversión a gran escala con impactos sensibles sobre los derechos e intereses de los pueblos indígenas<sup>35</sup>. Sobre lo que podrían considerarse impactos o efectos sensibles cabe señalar, entre otros, la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo y el posible reasentamiento, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, el agotamiento de los recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la desorganización social y comunitaria, el abuso y la violencia<sup>36</sup>.

De acuerdo con estos pronunciamientos la Corte va desgranando el *derecho colectivo* a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, estableciendo los *criterios esenciales* que debe reunir un proceso de consulta válida. A tal efecto señala: A) el carácter previo de la consulta; B) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; C) la consulta adecuada y accesible; D) el estudio de impacto ambiental y social; E) la consulta informada.

Ahora bien, antes de descender al examen de estos criterios vamos a referirnos brevemente a los ámbitos en los que procede el derecho de consulta.

---

<sup>33</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares...*, cit., párr. 133. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*, cit., párr. 177.

<sup>34</sup> *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*, cit., párr. 177.

<sup>35</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares...*, cit., párr.134. Ver también

*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005) y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* (2006).

<sup>36</sup> Cfr. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión* (quincuagésimo novena sesión), Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003.

### *I. Ámbitos de aplicación de la consulta*

A la luz de las disposiciones del Convenio 169 y de la Declaración de las Naciones Unidas, los ámbitos respecto de los que el Estado debe realizar la consulta a los pueblos indígenas son los siguientes: i) adopción de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; ii) proyectos de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en tierras indígenas; iii) utilización de tierras o territorios indígenas para actividades militares<sup>37</sup>.

Además de estas situaciones expresamente contempladas por dichos instrumentos internacionales, el *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas* (en adelante “Foro Permanente”), ha defendido la conveniencia de ampliar el derecho de consulta a otros aspectos que involucran a toda la humanidad, tales como: a) cualquier intervención externa en las regiones del Ártico y del Amazonas; b) el diseño, la ejecución y la evaluación del servicio de asociación del Banco Mundial para el carbono forestal; c) las decisiones sobre los programas y políticas forestales a todos los niveles que administren justicia y contribuyan al desarrollo sostenible, la protección de la diversidad biológica, la mitigación del cambio climático y la adaptación a éste; y d) las reformas de las políticas dirigidas a evitar la deforestación o reducir las emisiones derivadas de ésta<sup>38</sup>.

Por su parte, el Relator Especial Anaya señala que la consulta “es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes”. En este sentido, pone el ejemplo de la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos naturales, que puede afectar, al mismo tiempo, tanto a los intereses generales de la población

---

<sup>37</sup> Arts. 6, 7, 15 y 17.2 del Convenio 169 y arts. 19, 30 y 32 de la Declaración.

<sup>38</sup> Ver Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe sobre el “Taller de metodología de consentimiento previo e informado”, 2005; Informe de la sexta sesión de reuniones, 2007; y, en especial, el Informe sobre el séptimo período de sesiones, 2008, párrs. 4-9, 17, 40, 44, 45 y 182.



del Estado como a los intereses específicos de los pueblos indígenas en atención a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas por parte del Estado<sup>39</sup>. El Relator añade que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, y el consiguiente deber del Estado de celebrar consultas, se plantea siempre que estén en juego los intereses particulares de estos pueblos, incluso si dichos intereses no se asientan en la posesión de un título reconocido por el Estado. Comprende también aquellas situaciones en las que los pueblos indígenas tradicionalmente hayan poseído u ocupado y utilizado tierras, territorios y recursos rigiéndose por su derecho consuetudinario. Son frecuentes los casos en los que los Estados, muchas veces de forma deliberada, adoptan la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con las actividades de prospección y extracción de recursos naturales o con otros proyectos susceptibles de afectar al medio ambiente, solo se requieren cuando las tierras en las que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno<sup>40</sup>. En esta línea, destacan el caso de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto hidroeléctrico Chan 75 en Panamá o la situación de los pueblos indígenas afectados por el Proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> *Promoción y protección de todos los Derechos Humanos...*, cit., A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 43.

<sup>40</sup> El Relator sustenta su posición en el Informe de un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT encargado de examinar el cumplimiento del Convenio 169 por Guatemala: «la consulta prevista en el párrafo 2 del artículo 15, procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no título de propiedad sobre los mismos» (*Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC)*, párr. 48).

<sup>41</sup> Para su examen ver *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de la comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el proyecto hidroeléctrico Chan 75 (Panamá)*, A/HRC/12/34/Add.5, 7 de septiembre de 2009. *Informe del*

## 2. Criterios esenciales del proceso de consulta

### A. El carácter previo de la consulta

Tanto el Convenio 169 como la Declaración de Naciones Unidas establecen expresamente que la consulta deberá realizarse antes de la adopción de la medida o la aprobación del proyecto susceptible de afectar a los pueblos indígenas<sup>42</sup>.

Sobre el particular, la Corte Interamericana ha manifestado lo siguiente: a) la consulta previa debe realizarse antes de tomar la medida o realizar el proyecto susceptible de afectar al pueblo indígena en cuestión, incluyendo las medidas legislativas y administrativas; b) las comunidades afectadas deben ser involucradas lo antes posible en el proceso; c) la consulta debe llevarse a cabo de conformidad con la tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas, en las primeras fases del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, toda vez que el aviso temprano ofrece un tiempo razonable para que las comunidades indígenas puedan proceder a la discusión interna y así brindar una adecuada respuesta al Estado<sup>43</sup>.

Señala la Corte también que tratándose de la adopción de medidas legislativas, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las etapas de producción normativa. No cabe limitar la consulta solo a las propuestas iniciales<sup>44</sup>.

En el *caso del Pueblo Sarayaku* la sentencia de la Corte concluye que el Estado ecuatoriano estaba obligado a realizar un proceso de consulta previa en relación con los impactos y decisiones posteriores originados en el referido contrato de exploración petrolera, garantizando la par-

---

*Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto El Diquís en Costa Rica, A/HRC/18/35/Add. 8, 11 de julio de 2011.*

<sup>42</sup> Arts. 15.2 del Convenio 169 y arts. 19 y 32 de la Declaración.

<sup>43</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares...*, cit. párr. 133. Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*, cit., párr. 180.

<sup>44</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*, cit., párr. 181.

tipificación del Pueblo Sarayaku y, en consecuencia, que no se realizaran los actos de ejecución de la referida concesión dentro de su territorio sin consultarle previamente. En este sentido, el Estado no realizó ningún tipo de consulta con los Sarayaku a través de sus propias instituciones y órganos de representación, en ninguna de las fases de ejecución de los actos de exploración petrolera<sup>45</sup>.

*B. La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo. El principio del consentimiento libre, previo e informado*

En los términos del art. 6.2 del Convenio 169 y de los arts. 19 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas, el proceso de consulta con los pueblos indígenas debe llevarse a cabo de *buena fe* con el objetivo de alcanzar un acuerdo o de recibir el *consentimiento libre, previo e informado* de los pueblos indígenas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas, planes de desarrollo y de inversión, o de autorizar concesiones extractivas que puedan afectar su derecho de propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales.

---

<sup>45</sup> En particular, la compañía petrolera, cavó trochas sísmicas, construyó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua y ríos subterráneos, necesarios para el consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de los Sarayaku. La entrada de los helicópteros destruyó parte de la denominada Montaña Wichu Kachi, lugar de gran valor para la cosmovisión del Pueblo Sarayaku. Los trabajos de la petrolera ocasionaron la suspensión, en algunos periodos, de actos y ceremonias ancestrales culturales del Pueblo, tales como la Uyantsa, su festividad más importante que tiene lugar cada año en febrero.

La propia Comisión de Derechos Humanos del Congreso Nacional de la República de Ecuador, tras visitar el Pueblo Sarayaku el 8 de mayo de 2003, emitió un informe en el que concluye que «[e]l Estado, a través de los Ministerios de Medio Ambiente y Energía y Minas, violó el numeral 5) del art. 84 de la Constitución Política de la República, al no consultar a la comunidad sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental y culturalmente». Igualmente, constató el daño a la flora y fauna del territorio” (Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*, cit., párrs. 105 y 106).

En los términos de la Corte Interamericana “es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de ‘un clima de confianza mutua’ y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia”. Además, la consulta no debe quedarse en un mero trámite formal, sino que debe configurarse como un auténtica instrumento de participación, cuyo objetivo último sea el establecimiento de un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, dirigido a alcanzar un consenso entre las mismas<sup>46</sup>.

En el *caso del Pueblo Sarayaku*, la Corte Interamericana advierte que es posible considerar que el Estado ecuatoriano apoyó la actividad de exploración petrolífera de la Compañía General de Combustibles (en adelante “CGC”) al proveerles seguridad con miembros de sus fuerzas armadas en determinados momentos, lo cual ciertamente no crea ni favorece un *clima de confianza y respeto mutuo* para alcanzar consensos entre las partes. Por otro lado, los actos de la compañía petrolera, “al pretender legitimar sus actividades de exploración petrolera y justificar sus intervenciones en el territorio Sarayaku, dejaron de respetar las estructuras propias de autoridad y representatividad a lo interno y externo de las comunidades”. El Estado delegó, inadecuadamente, en una empresa privada su obligación de consulta, en incumplimiento del referido principio de buena fe y de su obligación de garantizar el derecho del Pueblo Sarayaku a la participación, y no favoreció tampoco un clima de respeto entre las comunidades indígenas de la zona. En consecuencia, “la búsqueda de un ‘entendimiento’ con el Pueblo Sarayaku llevado a cabo por la empresa petrolera, no puede ser entendida como una consulta de buena fe en la medida que no consistió en un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo”<sup>47</sup>.

Trasciende, por tanto, que la consulta de buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aquiescencia. Como proceso que involucra a varias partes –Estados, Pueblos indígenas y en su caso a terceros— la consulta de buena fe requiere del establecimiento de un clima de confian-

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, párr. 186.

<sup>47</sup> *Ibidem*, párrs. 193-194 y 199-200.

za entre las partes, basado en el principio de respeto mutuo<sup>48</sup>. Como advierte la OIT, un clima de “enfrentamientos, violencia y desconfianza recíproca” es una barrera para llevar a cabo un auténtico proceso de consulta<sup>49</sup>.

Para lograr este clima de confianza y respeto mutuo en las consultas, el procedimiento consultivo en sí debe ser resultado del consenso. A tal efecto, es necesario que los pueblos indígenas sean incluidos debidamente en las deliberaciones que dan lugar a la definición y aplicación de los procedimientos de consulta. Estas deliberaciones deberían iniciarse en las primeras etapas de la iniciativa propuesta y en el caso de proyectos de prospección y extracción de recursos naturales, siempre con carácter previo a la celebración por el Estado de acuerdos con terceras partes — instituciones o empresas de financiación—. Además, los Estados deben garantizar a los pueblos indígenas la asistencia técnica, financiera, o de cualquier otra índole que necesiten y la no utilización de dicha asistencia para ejercer presión o influir en las posiciones de los indígenas en las consultas.

Algo muy importante en el fomento de la confianza y la posibilidad de alcanzar un auténtico consenso, es que el proceso de consulta respete

---

<sup>48</sup> Miembros del Pueblo Sarayaku manifestaron también que, durante las incursiones de la empresa petrolera en su territorio, existió presencia militar, y que tal presencia tenía como objetivo garantizar los trabajos de la compañía frente a su oposición. Ante estas manifestaciones, el Estado ecuatoriano cuestionó que el Ejército hubiera incursionado con el objetivo de militarizar el territorio Sarayaku. Pero lo cierto fue que se instalaron cuatro bases militares, a saber, en Jatún Molino, Shaimi, Pacayaku y Pozo Landa Yaku. Además, el 30 de julio de 2001, el Ministerio de Defensa suscribió un convenio de cooperación militar con las empresas petroleras que operaban en el país, mediante el cual el Estado se comprometía a “garantizar la seguridad de las instalaciones petroleras, así como de las personas que laboren en ellas”. Al respecto, el propio Estado presentó una carta de la compañía petrolera fechada el 25 de noviembre de 2002, en la que ésta solicita a las autoridades que “se sirva tomar todas las medidas necesarias que juzgue convenientes para que, conjuntamente con las fuerzas armadas, se facilite la ejecución del proyecto de Sísmica” (*Ibidem*, párrs. 190-192).

<sup>49</sup> *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT)*, GB.283/17/1; GB.289/17/3 (2001), párr... 107.

plenamente las instituciones representativas y de adopción de decisiones de los pueblos indígenas<sup>50</sup>. Ahora bien, puede plantearse la cuestión de la existencia de opiniones contrapuestas sobre quienes detentan la legítima representación de los pueblos indígenas. En el *caso del pueblo Saramaka*, la Corte Interamericana, al declarar que la consulta debe de realizarse ‘de conformidad con sus costumbres y tradiciones’, reconoció que es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal. Consecuentemente, el pueblo Saramaka debe informar al Estado quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta señalados anteriormente. El Estado deberá consultar con tales representantes a fin de cumplir con lo ordenado por el Tribunal<sup>51</sup>. Se reconoce, en efecto, que corresponde a los pueblos indígenas indicar claramente a los gobiernos y, en su caso, a las empresas a quién deben consultar. De ser necesario, los pueblos indígenas pueden solicitar asistencia externa independiente para resolver esta situación<sup>52</sup>.

Al margen de la obligación general de que la consulta tenga como finalidad promover el consentimiento, la Declaración de las Naciones Unidas distingue dos supuestos respecto de los cuales el Estado siempre tiene el deber de obtener el *consentimiento libre, previo e informado* de los pueblos indígenas interesados. Esos supuestos son: los desplazamientos del grupo fuera de sus tierras tradicionales y el almacenamiento y eliminación de desechos tóxicos en los territorios indígenas<sup>53</sup>. Un tercer supuesto —sentado por la Corte Interamericana— es el relativo a los

---

<sup>50</sup> *Derechos de los pueblos indígenas. Nota del Secretario General*, A/66/288, 10 de agosto de 2011, párrs. 88 y 89.

<sup>51</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación...*, cit., párrs. 18 y 19.

<sup>52</sup> “Opinión N° 4 [2012]: Los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas. Anexo”, *Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas*, A/HRC/21/55, 16 de agosto de 2012, p. 19, párr.16.

<sup>53</sup> Arts. 10 y 29. 2 de la Declaración.

planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan un mayor impacto dentro del territorio indígena<sup>54</sup>.

A la hora de apreciar si nos encontramos ante un verdadero consentimiento previo, libre e informado es preciso tener en cuenta una serie de parámetros interpretativos: a) la obtención del consentimiento debe ir presidida de un proceso de consulta previa, celebrada de buena fe en una atmósfera de respeto recíproco y con una participación plena y equitativa, tanto de las entidades estatales como de las instituciones representativas autorizadas para expresar el consentimiento en nombre de los pueblos indígenas afectados; b) el suministro de toda la información posible c) la información debe ser clara, precisa, y accesible para que los pueblos indígenas la comprendan plenamente; d) la ausencia de coerción, intimidación o manipulación; e) el consentimiento debe obtenerse con suficien-

---

<sup>54</sup> La Corte considera que, “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones [...]“el Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka” (Corte IDH, Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 17).

Sobre el particular la CIDH ha mantenido que los Estados deben “garantizar, a través de procedimientos claros de consulta, que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado para la consecución de dichos proyectos”. Además, los Estados tienen la obligación primaria de asegurar “que todo proyecto de infraestructura o de explotación de recursos naturales en área indígena o que afecte su hábitat o cultura, sea tramitado y decidido con participación y en consulta con los pueblos interesados con vistas a obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios” (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. 165. CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 39 – Recomendación 5).

te antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades<sup>55</sup>. A estos parámetros hay que añadir la exigencia de que antes de dar inicio al proceso de consultas, los pueblos indígenas deben convenir cómo adoptarían una decisión colectiva respecto de la medida o proyecto en cuestión, e incluso fijar el umbral que indique que existe consentimiento<sup>56</sup>.

En el *caso del Pueblo Sarayaku*, la Corte Interamericana no realizó ningún pronunciamiento sobre la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado; sin embargo, no pasa en modo alguno desapercibido el debate que suscita esta obligación. Muchos no han dudado en calificarla como un auténtico “derecho de veto” a favor de las organizaciones y movimientos indígenas para frenar los planes estatales de desarrollo. A juicio del Relator Especial plantear en estos términos el debate “no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración. [...] Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso”<sup>57</sup>. En todo caso, como indica la Corte en el *asunto del Pueblo Saramaka*, el consentimiento es exigible en los supuestos en que como consecuencia de una medida propuesta resultara la alteración del ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas que se consideran esenciales para su supervivencia como tales<sup>58</sup>. Si concluido el proceso de

---

<sup>55</sup> *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen*, A/HRC/6/15, 15 de noviembre de 2007, párr. 23. Estos parámetros son fruto de las recomendaciones formuladas por el Foro Permanente en su ya citado Informe del “Taller internacional sobre metodologías de consentimiento libre, previo e informado y pueblos indígenas”, 2005.

<sup>56</sup> “Opinión N° 4 [2012]...”, cit., p. 19, párr. 19.

<sup>57</sup> *Promoción y protección de todos los Derechos Humanos...*, cit., A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 48 y 49.

<sup>58</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares...*, cit., párrs. 133-137. La ya citada Opinión N° 4 [2012] señala los factores que deberían tenerse en cuenta a la hora de evaluar si existe o no la obligación de



consulta no se logra el consentimiento, será al Estado a quien corresponda tomar la decisión sobre la medida sometida a consulta. Ahora bien, en opinión del Relator Especial Anaya, el Estado podría proceder con la medida solamente si es capaz de garantizar que ésta no tendrá efectos adversos sobre los derechos de los pueblos indígenas, en particular sobre el derecho a las tierras y recursos naturales de acuerdo con sus usos y costumbres, el derecho a sentar las prioridades de desarrollo, el derecho a la salud y a un medio ambiente sano, y el derecho a la cultura y a la religión<sup>59</sup>.

Por nuestra parte consideramos que la interpretación de esta obligación ha de realizarse en el sentido de que lo que se busca es promover la participación en la toma de decisiones por parte de quienes juegan un papel primordial en la ordenación y conservación de los ecosistemas y de quienes, en definitiva, más sufren las consecuencias negativas de las industrias de extracción y energéticas.

### *C. La consulta adecuada y accesible*

El criterio de la consulta adecuada y accesible a los pueblos indígenas exige, como ha señalado la jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>60</sup>, que la consulta se realice ‘de conformidad con sus costumbres y

---

obtener consentimiento de los pueblos indígenas en el contexto de actividades extractivas propuestas o en ejecución:

“a) Cuestiones que revistan una importancia fundamental para sus derechos, supervivencia, dignidad y bienestar, evaluadas desde la perspectiva y las prioridades de los pueblos indígenas afectados, tomando en consideración, entre otras cosas, los efectos acumulativos de las injerencias o actividades anteriores y las desigualdades históricas sufridas por los pueblos indígenas en cuestión.

b) El impacto en la vida o territorios de los pueblos indígenas. Si es probable que el impacto sea grande, significativo o directo, el consentimiento de los pueblos indígenas es necesario.

c) La naturaleza de la medida”.

<sup>59</sup> *Estándares sobre el deber de consulta. Comentarios del relator Especial a la propuesta de Reglamento de Consulta del Gobierno de Chile*, 30 de noviembre de 2012, párr. 68.

<sup>60</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam.*, *Excepciones Preliminares...* cit. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia...*, cit.

tradiciones', a través de sus instituciones representativas y de acuerdo con procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones<sup>61</sup>. Además, corresponde al Estado garantizar los mecanismos para que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces, teniendo presente su diversidad lingüística, particularmente en aquellas zonas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena. Todo ello en consonancia con lo establecido en los arts. 6.1 y 12 del Convenio 169 y los arts. 30.2 y 36.2 de la Declaración de Pueblos Indígenas.

Es importante advertir que el carácter adecuado o no de la consulta a los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas no responde a un único modelo<sup>62</sup>. Deberán buscarse procedimientos que sean accesibles a la participación del mayor número de pueblos indígenas teniendo en cuenta su diversidad lingüística. Además, los plazos para la realización de la consulta deben ser adecuados en función del tipo de medida a consultar<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> La importancia de respetar las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas en el desarrollo de los procedimientos de consulta ha sido resaltada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en varias observaciones individuales: Colombia (2004), México (2005).

<sup>62</sup> Como observa la OIT: «... la expresión «procedimientos apropiados» debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta. No hay un único modelo de procedimiento apropiado y éste debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas. En cuanto al propio proceso de consulta, éste debería tomar en cuenta la opinión de los diferentes pueblos que participan en la consulta sobre el procedimiento a utilizarse para intercambiar, de manera que el procedimiento utilizado sea considerado apropiado por todas las partes» (*Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF)*, GB.295/17; GB.304/14/7 (2006), párr. 42.

<sup>63</sup> Como han establecido los órganos de control de la OIT: deben preverse los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales, de lo contrario será

Por otro lado, la representatividad debe entenderse de una forma flexible. A este respecto la OIT ha señalado que ante la diversidad de pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo relevante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas». Asimismo, no deben confundirse las «instituciones representativas de los pueblos indígenas» con las «organizaciones más representativas» de estos pueblos<sup>64</sup>.

A la luz de estas consideraciones, la Corte Interamericana señala en el *caso del Pueblo Sarayaku* que la compañía petrolera pretendió relacionarse directamente con algunos miembros del Pueblo, sin respetar su forma de organización política. Además, es un hecho reconocido por el Estado ecuatoriano que no fue éste quien llevó a cabo esa “búsqueda de entendimiento”, sino la propia compañía petrolera. De la posición sostenida por el Estado ante la Corte se desprende que aquél pretendió delegar *de facto* su obligación de realizar el proceso de consulta previa en la citada compañía. Por lo señalado, la Corte concluye que estos actos realizados por la compañía CGC no pueden ser entendidos como una *consulta adecuada y accesible*<sup>65</sup>.

La experiencia demuestra que las empresas deben trabajar en asociación con los Estados y pueblos indígenas en todas las fases de planificación y de ejecución de las actividades que pueden tener un impacto en los intereses de los pueblos indígenas. A juicio del Relator Especial Anaya «un mecanismo adecuado para garantizar el respeto por parte de las empresas del derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones relativas a las medidas que les afectan es el establecimiento de espacios institucionalizados, como mesas permanentes de consulta y diálogo,

---

imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación (*Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento, por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (N° 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 79).*

<sup>64</sup> *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México...*, cit., párrs. 109 y 101.

<sup>65</sup> *Ibidem*, párr. 203.

con representación adecuada de los pueblos y comunidades afectadas, las empresas y las autoridades locales»<sup>66</sup>.

#### *D. El estudio de impacto ambiental y social*

Para que los pueblos indígenas puedan tomar decisiones libres e informadas acerca de una determinada medida legislativa o administrativa o de un proyecto de inversión o de exploración o extracción de recursos susceptible de afectar sus derechos de manera significativa, es necesario que cuenten con información amplia y objetiva sobre todos los aspectos de la medida o del proyecto en cuestión, incluyendo el impacto que tendrá sobre sus vidas y el medio ambiente. En este sentido, resulta indispensable la realización de estudios de impacto ambiental y social. En ambos casos –Pueblo Saramaka y Pueblo de Sarayaku– un factor común es la ausencia de estudios de impacto ambiental y social previos al otorgamiento de concesiones.

La Corte Interamericana vuelve a reiterar en el *caso del Pueblo Sarayaku* la obligación que tiene el Estado de garantizar que no se otorgue ninguna concesión dentro de un territorio indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión estatal, realicen un *estudio previo de impacto ambiental*. Bajo esta obligación establecida en el art. 7.3 del Convenio 169, la Corte advierte que el estudio de impacto ambiental fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera (la Consultora Ambiental Walsh en 1997), sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización; además, dicho estudio no contó con la participación del Pueblo de Sarayaku ni tampoco tuvo en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades previstas podían tener sobre dicho Pueblo<sup>67</sup>.

La realización de estudios de impacto ambiental, según reiterada jurisprudencia de la Corte, constituye una de las salvaguardas para garan-

---

<sup>66</sup> *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párr. 69.*

<sup>67</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*, cit., párr. 207.

tizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su “supervivencia” como pueblo. La Corte Interamericana en el *caso Saramaka* enfatizó que la frase ‘supervivencia’ “debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de “preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio”, de tal forma que puedan “continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas [...]”. Por tanto, el término “supervivencia” significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física”<sup>68</sup>.

Los estudios de impacto ambiental “sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también [...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad”, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, “con conocimiento y de forma voluntaria”<sup>69</sup>. Dichos estudios deben llevarse a cabo por actores independientes y técnicamente capacitados, bajo la supervisión del Estado y conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; deben respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, toda vez que uno de los objetivos de la exigencia de tales estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los estudios de impacto ambiental coincide con su obligación

---

<sup>68</sup> *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia...*, cit., párr. 37.

<sup>69</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones...*, cit., párr. 133. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia...*, cit., párrs. 25 a 27, 40.

de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones<sup>70</sup>.

En este orden de consideraciones, una cuestión adicional respecto de la cual también se pronunció la Corte es la del *nivel aceptable del impacto* que permitiría al Estado otorgar una concesión. En este sentido, la alta instancia jurisdiccional observó que “lo que constituye un nivel aceptable de impacto puede diferir en cada caso. No obstante, el principal criterio con el cual se deben analizar los resultados de los EISAs es que el nivel de impacto no niegue la capacidad de los miembros del pueblo Saramaka a sobrevivir como un pueblo tribal”<sup>71</sup>.

El objetivo último de los estudios de impacto discurre en el sentido de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir o mitigar los imposibles impactos negativos de las actividades proyectas sobre el medio ambiente y la vida social, cultural y espiritual de los pueblos indígenas, realizando todos los esfuerzos posibles que permitan buscar alternativas técnicamente viables que mitiguen o limiten dichos impactos tal como dispone el art. 32.3 de la Declaración de las Naciones Unidas.

#### *E. La consulta debe ser informada*

La Corte Interamericana en el *caso Saramaka* manifestó que el deber de consultar a los pueblos indígenas “requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes”<sup>72</sup>.

En este sentido, la información debe ser precisa, revestir, como ya advertimos, una forma accesible y comprensible para los pueblos indígenas y abarcar, al menos, los siguientes aspectos: naturaleza, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; las razones y objeto del proyecto y/o actividad; la duración y zonas que se verán

---

<sup>70</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*, cit., párrs. 205 y 206.

<sup>71</sup> *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia...*, cit., párr. 42.

<sup>72</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones...*, cit., párr. 134.

afectadas; evaluación preliminar del impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución<sup>73</sup>.

En el *caso del Pueblo Sarayaku*, la Corte Interamericana constata que “no surge del acervo probatorio que el alegado ‘entendimiento’ llevado a cabo por la compañía CGC hubiese incluido la presentación de la información contenida en el estudio de impacto ambiental, ni que el mismo hubiese servido para permitir al Pueblo Sarayaku participar de manera activa en un proceso de diálogo adecuado. Tampoco fue demostrado que la alegada “socialización” del estudio se encuentre relacionada con una actividad de consulta al Pueblo Sarayaku, ni que el mismo hubiese servido de base para informarle sobre las ventajas y desventajas del proyecto en relación con su cultura y forma de vida, en el marco de un proceso de diálogo destinado a llegar a un acuerdo. Por tanto, la Corte considera que los actos de la empresa no fueron parte de una consulta informada”<sup>74</sup>.

La exigencia de que la consulta sea informada se justifica por la necesidad de que los pueblos indígenas tengan pleno conocimiento tanto en relación con proyectos que afecten a sus derechos e intereses —en particular aquellos dirigidos a la exploración y extracción los recursos naturales en los territorios que habitan—, como también respecto de los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para proceder a la ejecución de dichos proyectos.

La consulta informada implica una comunicación constante entre las partes que brinde la oportunidad a los pueblos indígenas de valorar libremente y sin interferencias externas las ventajas e inconvenientes que un proyecto en cuestión pueda tener sobre la comunidad y sus miembros; y de pronunciarse, conscientemente y de manera voluntaria, sobre la viabilidad del mismo. A juicio del Relator Especial Anaya para que los pueblos indígenas puedan adoptar decisiones libres e informadas en los casos relativos a la prospección y explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten a sus tierras, “es necesario que reciban infor-

---

<sup>73</sup> *Promoción y protección de todos los Derechos Humanos...*, cit., A/HRC/6/15, 15 de noviembre de 2007, párr. 23.

<sup>74</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*, cit., párr. 209.

mación objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afectará, incluidas las repercusiones sobre su vida y su entorno. A este respecto, es esencial que el Estado lleve a cabo, con la participación de los grupos indígenas interesados, estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias del proyecto que cabe prever<sup>75</sup>.

#### IV. Consideraciones finales

Nuestro propósito ha sido contribuir a forjar un enfoque sobre el significado y alcance del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y del correlativo deber de los Estados de celebrar consultas con estos pueblos. Resulta patente que las consultas deben llevarse a cabo durante la fase de planificación de las decisiones legislativas o administrativas que les afecten, especialmente en relación con las actividades de exploración y extracción de recursos naturales dentro o cerca de los territorios indígenas, y siempre con antelación suficiente al inicio de la fase de ejecución a fin de garantizar, de antemano, la *participación efectiva* de los pueblos indígenas, a través de sus métodos tradicionales de toma de decisiones, tanto en relación con el proceso de evaluación del otorgamiento de concesiones en su territorio, como en relación con la adopción de las decisiones correspondientes.

En todos los casos en que se apliquen procedimientos de consulta, su finalidad debe ser procurar un acuerdo o recibir el consentimiento libre, previo e informado. La consulta de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo busca establecer una garantía frente a los procesos de consulta meramente formales. Los procesos de consulta no equivalen al cumplimiento de una serie de requisitos pro forma dirigidos a proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse sin contar con su participación. En este sentido, tanto la CIDH como la Corte Interamericana han resaltado que los procedimientos de consulta, en tanto medios para garantizar el dere-

---

<sup>75</sup> Derechos de los pueblos indígenas. Nota..., cit., párr. 90.



cho de los pueblos indígenas a participar en los asuntos que pueden afectarles, deben estar diseñados para propender la obtención del *consentimiento libre e informado* de estos pueblos y no limitarse exclusivamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daño<sup>76</sup>.

Ahora bien, no podemos silenciar la reticencia de los Estados a desarrollar procesos de consulta con los pueblos indígenas, lo que ha motivado que muchos pueblos y comunidades indígenas llevaran la cuestión al terreno judicial. En este sentido trascienden los pronunciamientos de *tribunales internos* de algunos países —el caso Argentino nos ofrece ejemplos<sup>77</sup>—, que han subrayado tanto la necesidad de respetar las normas de consulta previstas en el Convenio 169 y en otros instrumentos internacionales y, en consecuencia, de llevar a cabo consultas previas con los pueblos indígenas tanto sobre cualquiera medida legislativa o administrativa que les afecte directamente como sobre proyectos de exploración y extracción de recursos naturales dentro o en las inmediaciones de su territorio<sup>78</sup>. A esto hay que añadir que el carácter del procedimiento de consulta y su objeto, a menudo, están determinados por los *intereses en juego*, en particular los de las empresas e industrias extractivas que defienden sus

---

<sup>76</sup> CIDH, *Informe de Seguimiento–Acceso a la Justicia...*, cit., párr. 248. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación...*, cit. párr. 17.

<sup>77</sup> Ver *supra*, epígrafe II de este trabajo.

<sup>78</sup> La *jurisprudencia colombiana* es una de la que más ejemplos nos ofrece en relación con la consulta previa: Sentencia T-428 de 1992. Resguardo indígena de Cristiania (Jardín, Antioquia). Caso Troncal del Café; Sentencia SU-039 de 1997. Pueblo indígena U'wa. Caso Bloque Samoré; Sentencia T-652 de 1998 – Pueblo Indígena Embera Katio, caso Urrá; Sentencia C-169 de 2001 – Circunscripción electoral – Comunidades Negras; Sentencia C-891 de 2002 – Sobre consulta del Código de Minas; Sentencia SU-383 de 2003 – Consulta en el caso de fumigaciones; Sentencia T-880 de 2006 - Pueblo Indígena Motilón Bari. Proyecto de perforación exploratoria Álamo I ECOPEPETROL; Sentencia C-030 de 2008 Declara Inexequible la Ley 1021 de 2006 Ley General Forestal. No obstante, entre otros ejemplos relevantes cabe citar: *Bolivia*: Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia 0045/2006, 2 de junio de 2006. Asimismo Expediente. No. 2008-17547-36-RAC, sentencia de 25 de octubre de 2010. *Costa Rica*: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2011-1768 de 11 de febrero de 2011, Recurso de Amparo; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia 2000-08019, 8 de septiembre de 2000. *Chile*: Corte de Apelaciones de Concepción, Chile, 10 de agosto de 2010. *Ecuador*: Caso de los Pantanos Secos de Pastaza, No. 222-2004-RA,

intereses económicos con la connivencia del Estado, desconociendo las graves implicaciones e impactos ambientales y sociales negativos que sus actividades tienen para la vida y el futuro de los pueblos indígenas<sup>79</sup>.

A la vista de estas circunstancias, una preocupación fundamental de los pueblos indígenas es el *derecho a participar en la adopción de decisiones*, especialmente cuando se trata de industrias extractivas. No pasa en modo alguno desapercibido que la identidad cultural de los pueblos indígenas está siendo mermada tanto por el despojo de tierras, territorios y recursos como por la destrucción de la diversidad biológica a manos de estas industrias. El Estado tiene la obligación de ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, y éstas tienen la obligación de actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de los pueblos indígenas y reparar las consecuencias negativas de sus actividades. La diligencia debida debe llevarse a cabo de manera que propicie una comunicación efectiva con los pueblos indígenas así como también una adecuada atención de una serie de aspectos relativos a los derechos básicos de estos pueblos que incluyen, entre otros: el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas y de sus estructuras de organización políticas y sociales; la tenencia y usos indígenas de la tierra, territorios y recursos naturales; o el ejercicio por parte de los Estados del deber de consultar a

---

Sentencia de 9 de junio de 2004. *Guatemala*: Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 21 de diciembre de 2009, Apelación de sentencia de Amparo, Expediente 3878-2007. *Perú*: Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 0022-2009-PI/TC.); Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 03343-2007-PA/TC.

<sup>79</sup> Para un examen de la consulta y el consentimiento en relación con el deber de los Estados de proteger los derechos de los pueblos indígenas en el marco de las actividades extractivas, y la responsabilidad de las empresas de respetarlos, véase *Informe de Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos...*, cit., A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010; *Informe de Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. *Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de los territorios indígenas o en proximidad de ellos*, A/HRC/18/35, 11 de julio de 2011; *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, James Anaya, A/HRC/21/47, 6 de julio de 2012, *Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar...*, cit., A/HRC/21/55, 16 de agosto de 2012.

estos pueblos en relación con las actividades que les afecten y las responsabilidades conexas de las empresas<sup>80</sup>.

Por otra parte, es importante advertir que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados es una norma que complementa y protege el ejercicio de los derechos sustantivos de estos pueblos, pero como afirma el Relator Especial Anaya no es la única salvaguardia contra las medidas que pueden incidir en los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios, y recursos naturales. Existen otras salvaguardias conexas como, por ejemplo, la realización de evaluaciones de impacto previas, el establecimiento de medidas de mitigación para evitar o reducir los efectos que menoscaben el ejercicio de esos derechos, la distribución de beneficios y el pago de indemnizaciones, en caso de efectos adversos. Todas estas salvaguardias, entre las que se incluye el deber del Estado de celebrar consultas, son expresiones concretas de un criterio de precaución que debe orientar la adopción de decisiones sobre cualquier medida susceptible de afectar los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos, así como otros derechos que sean fundamentales para su supervivencia. Una y otras son fundamentales para garantizar los derechos de los pueblos indígenas afectados por las industrias extractivas que realizan actividades o se proponen realizarlas dentro o en las inmediaciones de sus territorios<sup>81</sup>.

En definitiva, el hecho de que sean los propios pueblos indígenas quienes, en articulación con el Estado, decidan qué medidas y qué procesos de exploración y extracción de recursos naturales han de ponerse en práctica en sus territorios ancestrales, no debe interpretarse como una amenaza al desarrollo económico o a la soberanía nacional.

La Corte Interamericana en el caso del *pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku* ha concluido que “la obligación de consultar a los pueblos indígenas, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional”<sup>82</sup>. No cabe duda de que

---

<sup>80</sup> *Informe del Relator Especial...*, cit., A/HRC//15/37, 19 de julio de 2010, párr.46.

<sup>81</sup> *Informe del Relator Especial...*, cit., A/HRC/21/47, 6 de julio de 2012, párrs. 52 y 53.

<sup>82</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*, cit., párr., 164.

para cumplir esta obligación, los Estados deberían establecer mecanismos de carácter permanente encaminados a evaluar cómo y cuándo debe consultarse a los pueblos indígenas de acuerdo con las normas internacionales. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar su normativa interna e instituciones de forma que la consulta a los pueblos indígenas puede realizarse de manera efectiva. Por ello, como afirma la Corte, “corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos jurisdiccionales correspondientes”<sup>83</sup>.

*Santiago de Compostela, a 28 de febrero de 2013*

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, párr. 167.

# **THE HUMAN RIGHT TO WATER AND SANITATION: The Challenges of its Application in Latin America**

María QUEROL

## **1. Introduction**

Water is a fundamental resource for all living creatures. It is necessary in every aspect of the development of a society. 97,5% of the water in the planet is salted water and a large portion of the remaining 2,5% is located in Antarctica. What is left is unevenly distributed all along the surface and subsoil of the Earth.

At the same time, the population growth rate is expected to rise to 8 billion by 2024. By 2030, over 60% of people will live in urban areas. These impacts will provoke an increasing demand both for food and water.

The main uses to which water is destined are agriculture, energy production, industrial uses and human consumption. Water is directly linked to food production. At present, almost a billion people do not have access to safe drinking water and more than 2.6 billion do not have access to adequate sanitation system. This fact is especially critical with respect to infant population.

There is also an undeniable link between access to water and sanitation and health. In fact, the World Health Organization estimates that 88% of diarrheic diseases originates in unhealthy water provision and deficient sanitation. This results in 1,8 millions deaths each year. Around 90% of those deaths are children aged less than five years old. Furthermore, it is calculated that 1.3 million people die each year of paludism, 160 suffer from schistosomiasis and 133 from acute forms of intestinal helminthiasis. The lack of access to safe drinking water and sanitation contributes to the development of type A hepatitis, which affects 1.5 million people each year.

In Latin America urban population has tripled in the last 40 years. Whilst there is a high level of water and sanitation services coverage in most countries of the region, there is still a huge difference between rural and urban areas and among countries as well. Almost 40 million people in the region do not still have access to safe drinking water and 120 million have no available adequate sanitation facilities.

The Organization of American States' General Assembly Resolution 2349 (XXXVII-O/07) declared that access to safe drinking water and basic sanitation is indispensable for a life with human dignity. More recently, on 28 July 2010 the United Nations General Assembly adopted a resolution in which it recognized "the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights"<sup>1</sup>.

It is thus necessary to specify the content and scope of this right and the obligations that ensue both for States and companies responsible for rendering water and sanitation services. Our analysis will be focused both on an international and a regional level. In particular, it will address the diverse ways in which this right has been incorporated in Latin America and the challenges posed therein.

## 2. The Notion of Human Right to Water and Sanitation

General Comment No 15 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) on the right to water defines this right as entitling everyone "to sufficient, safe, accessible, physically accessible and affordable water for personal and domestic uses"<sup>2</sup>. It also stresses that water is a "limited natural resource and a public good fundamental to life and health"<sup>3</sup>. In this regard, it is worth noting that, whilst General

---

<sup>1</sup> United Nations, A/64/L.63/Rev.1

<sup>2</sup> United Nations, E/C.12/2002/11, p. 2, paragraph 2.

<sup>3</sup> Cf. Article 27 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). *United Nations Treaty Series*, Vol. 993, p. 3 *et seq.* The ICESCR was adopted on 16 November 1966 and is in force since 3 January 1976.

Comments from the Committee are not legally binding upon States, they possess the value of recommendations. They are tantamount to authorized interpretations of the legal norms contained in the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights (hereby onwards ICESCR). This document has indeed played a crucial role in the emergence of the human right to water and its further development<sup>4</sup>.

Similarly to the right to water, sanitation is an indispensable factor for the consecution of various human rights. It has been recognized as such in numerous national and international instruments. Sanitation is key to achieving an adequate standard of living. Furthermore, it is an essential component of health, education, work, life and physical security. In addition, the lack of access to appropriate systems of sanitation may amount to a degrading or inhuman treatment. It may compromise gender equality and non-discrimination.

The Human Rights Council's independent expert on the issue of human rights obligations relating to access to safe drinking water and sanitation, defines the concept of sanitation as "a system for the collection, transport, treatment and disposal or reuse of human excreta and associated hygiene"<sup>5</sup>. The right to sanitation is intertwined with the notion of human dignity inasmuch as its absence generates humiliating living conditions.

There are various criteria to be taken into consideration in the rendering of water and sanitation services<sup>6</sup>. These conditions should be applied in all circumstances; availability, quality, acceptability, accessibility, affordability, non-discrimination, participation, accountability, impact and

---

<sup>4</sup> Cf. Winkler, Inga T., *The Human Right to Water: Significance, Legal Status and Implications for Water Allocation*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2012, p. 38.

<sup>5</sup> United Nations, A/HRC/12/24, p. 20, paragraph 63. This definition has been endorsed by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights in its press release on the right to sanitation from 19 November 2010. Cf. United Nations, C/C.12/2010/1, paragraph 8.

<sup>6</sup> These criteria are conceived as good practices and are based upon international treaties, national and local legislation, rules, institutional policy and strategy, planning and coordination procedures, subventions and campaigns, finance mechanisms, tariff structures, operator contracts, claims procedures and quasi-judicial and judicial decisions on the subject under analysis. Cf. Paragraph 10 of the report of the independent expert. United Nations, A/HRC/15/31/Add. 1, *op. cit.*, p. 5.

sustainability. The former five are considered normative criteria since they are provided by the normative content of the human rights to water and sanitation. All the latter are qualified as cross-cutting because they are based on human rights principles and more general human rights considerations<sup>7</sup>.

Availability requires a sufficient number of sanitation facilities with associated services in order to avoid excessively long waiting periods. Water must be available continuously and in a sufficient quantity to satisfy drinkable water and personal hygiene requirements as well as other personal domestic uses such as cooking or doing the laundry, among other activities. Whilst it is not possible to determine with precision the necessary quantity international recommendations and calculus provide a general orientation to determine whether the criterion in question is being met in practice. Along this line, it has been put forward that all domestic necessities can be covered with 100 litres per inhabitant daily<sup>8</sup>.

Water and sanitation services must be safe from a hygienic standpoint. In this regard, it is important to avoid the contact of people and animals, including insects, with human excreta. It is crucial to ensure access to safe water and soap for hand-washing in facilities. And above all, the quality of the water must be such that it does not compromise human health<sup>9</sup>.

With reference to acceptability, the criteria to be taken into account may vary among different cultures. It could be necessary to provide separate facilities for men and women at public places. Although ultimately, the colour, smell and taste of water should be acceptable.

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, paragraph 11, p. 5.

<sup>8</sup> Cf. Howard, Guy & Bartram, Jamie, *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*, Geneva, OMS, 2007, p. 22. During disaster situations, on the contrary, the fixed absolute minimum would be of 15 litres per capita daily. Cf. *Humanitarian Charter and Minimum Standards in Humanitarian Response*, Geneva, The Sphere Project, 2011, p. 98. Nevertheless, this number would not cover hygiene needs, which entail many risks to health.

<sup>9</sup> The Who's Guidelines for Safe Water Quality define safe water as that which "does not represent any significant risk to health over a lifetime of consumption, including different sensitivities that may occur between life stages". Who, *Guidelines for Drinking-water Quality*, Vol. 1, Geneva, Who, 2008, p. 1.



Water and sanitation facilities should be physically accessible to everyone within the premises of each household, academic institution, public or workplaces. In addition, the use of such facilities must have an affordable price for everyone.

Concerning cross-cutting criteria, they are applicable to every human right since they ensure the inclusion of those who are marginalized and excluded within its scope of protection. Non-discrimination aims to prevent or correct situations of denial or restricted access to water sources and sanitation facilities to a certain group of people due to their colour, sex, language, ethnicity, nationality or other reasons<sup>10</sup>.

As stated in the UN General Assembly's Declaration on the Right to Development (1986), participation must be "active, free and meaningful"<sup>11</sup> going beyond mere consultation and rendering of information. It requires a real and actual possibility of expressing concerns, demands and influence in decision-making processes. It is vital that all the groups, people and interested communities are represented as such.

Implementation of the right to water and sanitation presupposes accountability, meaning the determination of the responsibility of those who violate this right and demand of its compliance. Judicial procedures must therefore be accessible, affordable, timely and effective<sup>12</sup>. There are also quasi-judicial mechanisms such as national human rights institutions and the pertinent organs of most human rights treaties. The 2008 Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights establishes the competence of the Committee to receive and consider communications from individuals claiming that their rights under the Covenant have been violated. The Committee may also undertake

---

<sup>10</sup> Cf. General Comment No 20 of the Committee on non-discrimination and economic, social and cultural rights, which defines discrimination as "any distinction, exclusion, restriction or preference or other differential treatment that is directly or indirectly based on prohibited grounds of discrimination and which has the intention or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of Covenant rights". United Nations, E/C.12/GC/20, pp. 9-11, paragraphs 29, 33, and 35.

<sup>11</sup> United Nations, A/RES/41/128, annex, article 2, paragraph 3.

<sup>12</sup> Cf. General Comment No 15, E/C.12/2002/11, *op. cit.*, p. 17, paragraph 55.

inquiries on grave or systematic violations of any of the economic, social and cultural rights set forth in the Covenant, and consider inter-state complaints<sup>13</sup>. Hence, the right to water and sanitation would be included amongst these rights, as will be shown below.

The sectors of water and sanitation are filled with good intentions. However, it is also necessary to supply the necessary means in order to guarantee the effective enjoyment of the right to water and sanitation. More often than not, the high costs of maintaining certain water and sanitation facilities result in their discontinued use, just to provide an example. Works in the sector such as building latrines, may be rendered completely useless if they are not accompanied by awareness-raising campaigns among the population involved. For instance, if the people do not understand the effects and benefits of access to safe-drinking water and safe sanitation, they might not be ready to change certain habits such as open-air defecation.

Lastly, the realization of the right to water and sanitation must ensure that there is “sufficient and safe water for present and future generations”<sup>14</sup>. Sustainability calls for specific programmes to address depletion of groundwater resources due to over-extraction or diversion, reduction of watershed contamination, monitoring of water reserves and assessment of the impact of climate change phenomena on water availability and quality<sup>15</sup>. From an economic viewpoint, sustainable uses must make sure that the poorest segments of society can still afford water and sanitation services. Also, a sustainable use foresees the continuance and maintenance of the provision of services after a certain water or sanitation project has been terminated. In this respect, capacity building of the local community and/or the local private sector may prove very effective.

---

<sup>13</sup> The Optional Protocol was adopted on 10 December 2008 and entered into force on 5 May 2013. United Nations, A/RES/63/117, Annex, articles 2 and 10.

<sup>14</sup> General Comment No 15, E/C.12/2002/11, *op. cit.*, p. 10, paragraph 28.

<sup>15</sup> On the relationship between sustainability and the human right to water see Brown Weiss, Edith, “The Evolution of International Water Law”, in: *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Vol. 331 (2007), pp. 311-323.

### 3. Legal Nature of the Right to Water and Sanitation

Having analysed the notion and contours of the human right to water and sanitation, it is necessary to determine its legal nature and legal regime. We will thus analyse the international treaties, non-binding instruments and jurisprudence where this right has been recognized.

#### 3.1. Treaty norms

The Committee analyses the human right to water within the scope of article 11, paragraph 1 of the ICESCR, which foresees the right of everyone to an adequate standard of living<sup>16</sup>. This article contemplates a series of rights deriving or being inferred from the right to an adequate standard of living, which are necessary for the latter's realization. Although the norm does not explicitly mention water alongside the rights to food, housing and adequate clothing, the term "including" in its wording reveals the non-exhaustive character of the list it provides. Rather it is meant to include other implicit and derived rights necessary as well to pursue an adequate standard of living<sup>17</sup>. Hence, inasmuch as it is fundamental for the survival of every human being, the right to food derives and helps ensure the said standard. In this respect, article 11 of the ICESCR takes up the wording of article 25, paragraph 1 of the Universal Declaration of Human Rights<sup>18</sup>. Therefore, as part of the right to an adequate standard

---

<sup>16</sup> This article states: "The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent".

<sup>17</sup> Salman, Salman M. A. & McInerney-Lankford, Siobhán, *The Human Right to Water: Legal and Policy Dimensions*, Washington, The World Bank, 2004, p. 56. Cf. Gleick, Peter, "The Human Right to Water", *Water Policy*, Vol. 1, 1998, p. 492.

<sup>18</sup> This article affirms: "Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing,

of living, the right to water is a legal norm, binding upon States Parties to the ICESCR. The diverse existing cultural and social conditions of each particular case should be taken into account when evaluating what is to be considered such adequate standard.

The right to water is also inextricably linked to paragraph 1 of Article 12 of the ICESCR prescribing the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. Whereas the Covenant cannot, evidently, assure the right to be healthy, this right is to be understood as “a right to the enjoyment of a variety of facilities, goods, services and conditions necessary for the realization of the highest attainable standard of health”<sup>19</sup>. As such, it comprises several “socio-economic factors that promote conditions in which people can lead a healthy life, and extends to the underlying determinants of health”. Access to safe and potable water and adequate sanitation are indeed such underlying determinants of the right to health<sup>20</sup>.

Besides the ICESCR, other treaties recognize the right to water and sanitation. That is the case of Article 14 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women<sup>21</sup>, Article 24 of the Convention on the Rights of the Child<sup>22</sup>, Article 28 of the Convention on

---

housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.”

<sup>19</sup> Cf. General Comment No 14, The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) in: United Nations, E/C.12/2000/4, paragraph 9.

<sup>20</sup> McCaffrey, Stephen, “The Human Right to Water”, in: Brown Weiss, E., Boisson de Chazournes, L., & Bernasconi-Osterwalder, N. (eds.), *Fresh Water and International Economic Law*, New York, Oxford, 2005, p. 95.

<sup>21</sup> Article 14 states that States shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in rural areas. They shall ensure to such women the right to “enjoy adequate living conditions, particularly in relation to housing, sanitation, electricity and water supply, transport and communications”. *United Nations Treaty Series*, Vol. 1246, p. 14 *et seq.*

<sup>22</sup> Article 24 of this Convention recognizes the right of children to the enjoyment of the highest attainable standard of health (paragraph 1). States Parties shall pursue full implementation of this right and, in particular, shall take appropriate measures: (...) To combat disease and malnutrition, including within the framework

the Rights of Persons with Disabilities<sup>23</sup> and Article 5 of the 1985 C161 ILO Occupational Health Services Convention<sup>24</sup>.

At a regional level, both Article 14 of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child and Article 15 of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples Rights (also known as the Banjul Charter) on the Rights of Women in Africa, also known as the Maputo Protocol, prescribe the access to safe-drinking water<sup>25</sup>.

International Humanitarian Law also recognizes the right to water and sanitation. Articles 20, 26, 29 and 46 of the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners at War prescribe the provision of safe-drinking water and facilities “which conform to the rules of hygiene and are maintained in a constant state of cleanliness” for those who have this status during an armed conflict<sup>26</sup>. In addition, Articles 85, 89 and 127 of Convention (IV) relative to the Protection of Civilians during Times of War contain similar provisions<sup>27</sup>. Norms relative to the right to water can also be found in both Additional Protocols I and II to the Geneva Conventions<sup>28</sup>.

---

of primary health care, through, inter alia, (...) through the provision of adequate nutritious foods and clean drinking-water (paragraph 2, c) *United Nations Treaty Series*, Vol. 1577, p. 3 *et seq.*

<sup>23</sup> Article 28 of this treaty recognizes the rights of persons with persons with disabilities to an adequate standard of living for themselves and their families. In its paragraph 2 a) it imposes upon States the obligation to take measures to “ensure equal access by persons with disabilities to clean water services, and to ensure access to appropriate and affordable services, devices and other assistance for disability-related needs”. United Nations, A/61/611.

<sup>24</sup> C161 was adopted in Geneva on 25 June 1985 and is in force since 17 February 1988. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C161>

<sup>25</sup> The African Charter on the Rights and Welfare of the Child entered into force on 29 November 1999. OAU, Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990). The Maputo Protocol was adopted by the 2<sup>nd</sup> Ordinary Session of the Assembly of the African Union on 13 September 2000 and entered into force on 25 November 2005. OAU, CAB/LEG/66.6. Reprinted in the *African Human Rights Law Journal*, Vol. 1, p. 40 *et seq.*

<sup>26</sup> *United Nations Treaty Series*, Vol. 75, p. 135 *et seq.*

<sup>27</sup> *United Nations Treaty Series*, Vol. 75, p. 287 *et seq.*

<sup>28</sup> Cf. Articles 54 y 55 of Protocol I relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts. *United Nations Treaty Series*, Vol. 1125, p. 3 *et seq.*

International Water Law is not exempted from the subject under study. Article 10, paragraph 1 of the 1997 UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses states that in the event of a conflict between different uses of an international watercourse, it shall be solved, “special regard being given to the requirements of vital human needs”<sup>29</sup>.

The 1999 Protocol on Water and Health to the 1992 Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes of the United Nations Economic Commission for Europe (also known as the Water Convention) has particularly promoted the recognition of the right to water<sup>30</sup>. In Africa, the 2002 Water Charter of the Senegal River specifically foresees “basic human rights to a salubrious water”<sup>31</sup> as part of the rights and guiding principles to be respected in any distribution of the waters of the river. This right is also expressly proclaimed at a Latin American level in the 2006 Central American Water Covenant, as will be further examined<sup>32</sup>.

### 3.2. *Standards and Non-Binding Rules*

Numerous “soft” or non-binding instruments have similarly triggered the consecration of the human right to water and sanitation. The Action

---

See also Article 5, paragraph 1 (b) and Article 14 of Protocol II relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts. *United Nations Treaty Series*, Vol. 1125, p. 609 *et seq.*

<sup>29</sup> This Convention was adopted by United Nations Resolution A/RES/51/229 of 21 May 1997. Since it is not yet in force, its norms are not legally binding as treaty norms. Nevertheless, many of its provisions possess also a customary nature.

<sup>30</sup> The Protocol on Water and Health was adopted on 17 June 1999 and entered into force on 4 August 2005. *United Nations Treaty Series*, Vol. 2331, p. 202. See in particular Article 6, paragraph 1 a).

<sup>31</sup> Article 4 of this treaty, which was adopted by Mauritania, Mali and Senegal on 28 May 2002. [http://lafrique.free.fr/traites/omvs\\_200205.pdf](http://lafrique.free.fr/traites/omvs_200205.pdf) (official text in French).

<sup>32</sup> This treaty was adopted within the framework of the Central American Integration System by all the States of the region on 11 August 2006.

Plan from the United Nations Water Conference was the first to recognize – already in 1977 – the right to water by declaring that “[A]ll peoples, whatever their stage of development and social and economic conditions, have the right to have access to drinking water in quantities and of a quality equal to their basic needs”<sup>33</sup>. Chapter 18 of Rio 21 Agenda follows the lead undertaken by its predecessor. It is based on the premise of the International Drinking Water Supply and Sanitation Decade, which establishes that “all peoples, whatever their stage of development and their social and economic conditions, have the right to have access to drinking water in quantities and of a quality equal to their basic needs”<sup>34</sup>. Furthermore, it sets the general goal of ensuring universal access to safe drinking water and universal access to sanitary measures of excreta disposal, thereby markedly reducing waterborne diseases such as cholera and schistosomiasis<sup>35</sup>.

Along the same line, the 1992 Dublin Declaration on Water and Sustainable Development recognizes in its principle 4 that “it is vital to recognize first the basic right of all human beings to have access to clean water and sanitation at an affordable price”. In addition, the Programme of Action of the UN International Conference on Population and Development asserts in its Principle 2 that all individuals “[H]ave the right to an adequate standard of living for themselves and their families, including (...) water and sanitation”<sup>36</sup>.

What is more, the Millennium Development Goals establish the commitment of all States of the international community to halve by 2015 the percentage of people who do not have access or cannot afford safe drinking water<sup>37</sup>. Also, the Johannesburg Declaration of the 2002 World Summit on Sustainable Development engages States to speedily increase access to basic requirements such as clean water and sanitation, among others<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Resolution II (Community Water Supply), paragraph (a). United Nations, E/Conf.70/29 in: *Report of the United Nations Water Conference*, Mar del Plata, 14-25 March 1977, United Nations publication, Sales No E.77.II.A.12.

<sup>34</sup> United Nations, A/CONF.151/26/REV.1 (Vol II), paragraph 18.47.

<sup>35</sup> *Ibid.*, paragraph 6.12 (e).

<sup>36</sup> United Nations, A/Conf.171/13 rev.1.

<sup>37</sup> United Nations, A/Res/55/2, paragraph 19.

<sup>38</sup> United Nations, A/Conf.199/20, Annex, paragraph 18.

All these instruments have indeed contributed *de lege ferenda* to the recognition of the human right to water and sanitation. They amount to standards or *soft law* rules and thus, not legally binding for the subjects of the international community. Still, they do produce certain legal effects, which should not be underestimated.

Above all, soft law contributes to the interpretation of hard law<sup>39</sup>. Take the General Comments submitted periodically by the *Special Rapporteurs* of the former Sub-Commission – now the Human Rights Council Advisory Committee – and specialised committees on Human Rights. These documents assist States Parties to human rights conventions in clarifying the scope and content of norms<sup>40</sup>. Standards can provide an authoritative interpretation of the terms of a treaty<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Cf. Djena Wembou, Michel-Cyra, “Réflexions sur le rôle des résolutions dans l’élaboration du droit international par les organes politiques de l’ONU”, *Revue hellénique de droit international*, Vol. 45, 1992, p. 105.

<sup>40</sup> Cf.: Simma, Bruno, “International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis”, *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. 4, book 2, 1993, p. 156.

<sup>41</sup> Boyle, Alan & Chinkin, Christine, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 216-217. Judge Jiménez de Aréchaga confirmed this in his separate opinion on the *Continental Shelf* case between Tunisia and Libya. He wrote: “... Tunisia has advanced a somewhat broader interpretation of the clause in the Special Agreement. It observed that if such an interpretation is rigidly maintained, then ‘the mention of this category in the Compromis would have added nothing to the principles and rules of international law’ and consequently, this reference to ‘new accepted trends’ would have no legal effect at all. The submission was then made by Tunisia that even if a new accepted trend does not yet qualify as a rule of customary law, it still may have a bearing on the decision of the Court, not as part of applicable law, but as an element in the interpretation of existing rules or as an indication of the direction in which such rules should be interpreted. This is, in my opinion, the correct view of the Special Agreement and the only one which assigns practical effect and an independent meaning and significance to the reference to new accepted trends. As the Court has said, ‘no method of interpretation would warrant the conclusion’ that this reference is meaningless (I.C.J. Reports 1971, p. 35)”. *Continental Shelf* (Tunisia v. Lybian Arab Jamahiriya), judgment of 24 February 1982, separate opinion of Judge Jiménez de Aréchaga, ICJ Reports 1982, p. 18, at p. 108, para. 33-34. Judge Jiménez de Aréchaga’s separate opinion in the *Continental Shelf* case, confirms this view. Indeed, in this case Tunisia argued that the allusion of the Special Agreement to “new trends” accepted at the III UN Conference of the Law



“Soft law” can also foster and accelerate the formation of international legal norms<sup>42</sup>. The existence of most customary norms of Human Rights Law has been triggered by “soft-law” standards<sup>43</sup>. States usually prefer to be looked upon as respectful of Human Rights, and standards exercise a constraining influence on them in this regard. They encompass the promotion of certain values and ideological considerations by which subjects of the international community prefer to abide. This is equally true in other areas of the international legal order such as Environmental Law. The Helsinki Rules of 1966 have provided a great aid in the emergence of customary norms for the non-navigational uses of international watercourses.

Moreover, “soft law” rules and standards play a role in the application of international legal norms. Standards operate as directives for an adequate fulfillment of international obligations<sup>44</sup>. They specify the manner in which States should comply with the obligations contained in a treaty, for example. Similarly, many international organizations provide standards for the implementation of their provisions. Hence, such standards can perform a supplemental function in developing conventional norms<sup>45</sup>.

---

of the Sea, “do[es] not constitute general international law, [but] are to be taken into account as “factors in the interpretation of the existing rules””, *ibid.*, p. 38, para. 24.

<sup>42</sup> Lachs, Manfred, “The Threshold in Law-Making”, in: Bernhardt, Rudolf *et al.* (eds.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtbarkeit, Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, Springer, 1983, p. 500. Cf. Francioni, Francesco, “International ‘Soft Law’: A Contemporary Assessment”, in: Lowe, Vaughan (ed.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 176.

<sup>43</sup> Cf.: Reisman, Michael, “The Concept and Functions of Soft Law in International Politics”, in: Bello, E.G., Ajibola, Prince Bola A. (eds.), *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias. Contemporary International Law and Human Rights*, Vol. I, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, pp. 139-140.

<sup>44</sup> Boyle, A. E., “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, 1999, p. 905.

<sup>45</sup> Skubiszewski, Krystof, “Non-binding Resolutions and the Law-making Process”, *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 15, 1986, p. 151. In line with this idea, Boisson de Chazournes refers to the compensating or correcting function of standards. Boisson de Chazournes, Laurence, “Normes, standards et règles en droit international”, in: *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre*

### 3.3. *International Case Law*

The right to water and sanitation has also been addressed in international jurisprudence. In the case of the *Pulp Mills on the river Uruguay*, the International Court of Justice stresses the need to warrant the environmental protection of shared natural resources, simultaneously enabling sustainable economic development. In particular, it states that due consideration must be given to the dependence of the Parties on the quality of the river waters for their subsistence and economic development<sup>46</sup>.

The Inter American Court of Human Rights has analyzed the human right to water in numerous occasions. In the Case of the *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, the Court decided that the Republic of Paraguay had failed to relocate the Sawhoyamaya community to their ancestral lands where they would have the use and full enjoyment of the natural resources providing them the means to maintain their life forms and survival. The Court based its reasoning on the right to adequate food and the right to water, as contained in articles 11 and 12 of the ICESCR. It argued that these were the underlying conditions of the right to life as foreseen in Article 4 of the Inter American Convention of Human Rights<sup>47</sup>.

Similarly, in the Case of the *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, the Court noted that the State in question was not supplying sufficient amounts of water to meet the minimum requirements<sup>48</sup>. Given

---

*environnement, santé et commerce international*, Paris, La documentation française, 2006, p. 47.

<sup>46</sup> ICJ, *Pulp Mills in the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Order of 13 July 2006, p. 19, paragraph 80.

<sup>47</sup> I/A Court H.R., *Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 29, 2006. Series C No. 146, p. 83, paragraph 164.

<sup>48</sup> I/A Court H.R., *Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 24, 2010. Series C No. 214, pp. 44-45, paragraphs 195-196. The tribunal based its conclusion on the following calculus: total litres of water supplied by the State/number of the members of the Community living in 25 de Febrero = N1; N1 / period of time in calendar days, in which such assistance was actually provided = quantity of litres per person on a daily basis.

this situation, the Court ordered the State to adopt immediately, periodically or permanently certain measures such as “provision of sufficient potable water for the consumption and personal hygiene of the members of the Community” and “installation of latrines or any other adequate type of sanitation system in the Community’s settlement”<sup>49</sup>.

Finally, in the Case of *Vélez Loor v. Panama*, the Inter American Court of Human Rights declared that States must take the necessary measures to make sure that persons deprived of their freedom have access to sufficient and healthy drinking water for their daily and individual requirements and they shall be provided with water and with toilets as are necessary for health and cleanliness<sup>50</sup>. The tribunal makes special reference to the UN General Assembly resolution on the human right to water and sanitation<sup>51</sup>.

So far, we have analysed how Human Rights Law, International Water Law and International Environmental Law unite efforts, through treaties, standards and case law, to guarantee the protection of the human right to water and sanitation.

---

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 69, paragraph 301. In addition, in the *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, the Court explained: “Special detriment to the right to health, and closely tied to this, detriment to the right to food and access to clean water, have a major impact on the right to a decent existence and basic conditions to exercise other human rights, such as the right to education or the right to cultural identity. In the case of indigenous peoples, access to their ancestral lands and to the use and enjoyment of the natural resources found on them is closely linked to obtaining food and access to clean water. In this regard, said Committee on Economic, Social and Cultural Rights has highlighted the special vulnerability of many groups of indigenous peoples whose access to ancestral lands has been threatened and, therefore, their possibility of access to means of obtaining food and clean water”. I/A Court H.R., *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of June 17, 2005. Series C No. 125, pp. 85-86, paragraph 167.

<sup>50</sup> I/A Court H.R., *Case of Vélez Loor v. Panama*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 23, 2010 Series C No. 218, p. 65, paragraph 215.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 66.

### 3.4. *The UN General Assembly Resolution on the right to water and sanitation*

Since 28 July 2010, the human right to water and sanitation has been expressly recognized both as a fundamental human right and a legal norm by virtue of United Nations General Assembly Resolution 64/292. This resolution can be considered as a source of International Law since it recognizes a right to all individuals, empowering them with a certain capacity and the corresponding obligation of the States composing the international community.

Only certain resolutions of an international organization are sources of international legal norms. In order to be so, they must: (a) Amount to an expression of will of an international organization with sufficient capacity. The organization in question would be endowed with such capacity by virtue of its constituent treaty or statute; (b) The expression of will must not be conditioned to the consent of another subject of International Law. This means that it does not depend on the consent of the Member States of the organization; (c) It must tend to create a legal norm within the international legal order. Legal norms can appear in the form of prescriptions, e.g., rules prescribing a certain conduct as allowed, prohibited or mandatory, and definitions<sup>52</sup>. In either form, these norms encompass a modification within the international legal order. This happens when certain behaviour is established as forbidden, authorized or compulsory, meaning when an obligation is imposed upon. It is also the case when a certain competence, power or right is conferred and in those cases where a right, an obligation or a certain competence is modified, maintained or annulled; (d) Finally, the expression of will must be regulated by International Law.

In light of the above considerations, it can be concluded that Resolution 64/292 is the source of a legal norm recognizing “the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for

---

<sup>52</sup> Barberis, Julio, “Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit de gens”, in: Beyerlin, U. *et al.* (eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Heidelberg, Springer, 1995, pp. 21-39 and pp. 34-35 in particular. See also Barberis, Julio, *Formación del derecho internacional actual*, Buenos Aires, Ábaco, 1994, pp. 159-167.

the full enjoyment of life and all human rights”. It also “[c]alls upon States and international organizations to provide financial resources, capacity-building and technology transfer, through international assistance and cooperation, in particular to developing countries, in order to scale up efforts to provide safe, clean, accessible and affordable drinking water and sanitation for all”<sup>53</sup>.

The right to water and sanitation is thus a legally binding norm for all Member States of the United Nations, *e.g.* practically the entire international community<sup>54</sup>. It is important to bear in mind that the General Comments of the ICESCR Committee solely impose obligations upon State Parties to the mentioned Covenant in as far as they have accepted them. The same is applicable to those members of the international community who are not State Parties to the ICESCR. These State Parties must periodically submit reports to the Committee on the implementation of the Covenant and on the progress achieved towards the implementation of the human right to water and sanitation as inherent conditions of the right to an adequate standard of living<sup>55</sup>. At present, there are 160 State Parties to the ICESCR, of which practically all the States from Latin America – with the exception of Belize and Cuba – are parties. Hence, all these States are bound by the provisions contained in the Covenant, including the right to water and sanitation as inherent to the right to an adequate standard of living.

#### **4. Obligations Arising from the Right to Water and Sanitation**

The human right to water and sanitation imposes obligations upon States, service providers and other subjects of International Law. The

---

<sup>53</sup> United Nations, A/RES/64/292, paragraphs 1 and 2.

<sup>54</sup> At present, there are 193 Member States of the United Nations. The last member to be incorporated was the Republic of South Sudan, which formally seceded from Sudan on 9 July 2011 as a result of an internationally monitored referendum held in January 2011. This State was admitted as a new Member State by the United Nations General Assembly on 14 July 2011.

<sup>55</sup> McCaffrey, “The Human Right to Water”, *op. cit.*, p. 103.

rights foreseen in the ICESCR, including the right to an adequate standard of living and hence the right to water and sanitation, are characterized by the principle of progressive application to the maximum of each State's available resources. Nevertheless, there is a core of obligations which are to be realized immediately. These make reference to a minimum essential level of water necessary to guarantee human survival and dignity<sup>56</sup>. Among these rights to be concretized immediately, it is worth noting the obligation to ensure the exercise of rights without discrimination and the obligation to adopt measures towards the full realization of all the rights contained in the Covenant<sup>57</sup>. Hence, States must demonstrate that they have acted in good faith adopting in a non-discriminatory way all the necessary and viable measures – to the maximum of their resources – to ensure the exercise of the right to water and sanitation.

Apart from the afore-mentioned obligations, States must respect, protect and fulfil the right to water and sanitation<sup>58</sup>. The obligation to

---

<sup>56</sup> General Comment No 15 of the ICESCR Committee identifies, in its paragraph 37, these core obligations of immediate effect as the following: “(a) To ensure access to the minimum essential amount of water, that is sufficient and safe for personal and domestic uses to prevent disease; (b) To ensure the right of access to water and water facilities and services on a non-discriminatory basis, especially for disadvantaged or marginalized groups; (c) To ensure physical access to water facilities or services that provide sufficient, safe and regular water; that have a sufficient number of water outlets to avoid prohibitive waiting times; and that are at a reasonable distance from the household; (d) To ensure personal security is not threatened when having to physically access to water; (e) To ensure equitable distribution of all available water facilities and services; (f) To adopt and implement a national water strategy and plan of action addressing the whole population; the strategy and plan of action should be devised, and periodically reviewed, on the basis of a participatory and transparent process; it should include methods, such as right to water indicators and benchmarks, by which progress can be closely monitored; the process by which the strategy and plan of action are devised, as well as their content, shall give particular attention to all disadvantaged or marginalized groups; (g) To monitor the extent of the realization, or the non-realization, of the right to water; (h) To adopt relatively low-cost targeted water programmes to protect vulnerable and marginalized groups; (i) To take measures to prevent, treat and control diseases linked to water, in particular ensuring access to adequate sanitation”.

<sup>57</sup> Cf. Article 2, paragraphs 1 and 2 respectively of the Covenant on Economic, Social and Economic Rights.

<sup>58</sup> Cf. Paragraphs 21 to 36 of General Comment No 15 of the ICESCR Committee.

respect demands States to refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of the right to water. This would include any practice that denies access, reduces or illicitly pollutes water.

The obligation to protect requires States to prevent third parties from affecting the full enjoyment of the right to water and sanitation. Here ‘third parties’ makes reference to individuals, groups, corporations or other entities as well as agents acting under their authority. States must adopt the necessary and effective legislative and other measures to ensure the mentioned protection. In the case of rendering services being operated or controlled by third parties, States parties must prevent them from compromising equal, affordable, and physical access to sufficient, safe and acceptable water. To prevent such abuses an effective regulatory system must be established with independent monitoring and sanctions in case of non-compliance.

The obligation to fulfil entails enabling the enjoyment of the right to water and sanitation by individuals and communities. It includes the adoption of measures to adequately inform on the hygienic uses of water, the protection of water sources and methods to minimize water wastage. Fulfilling also means guaranteeing the right of individuals or groups who are unable, for reasons beyond their control, to realize that right themselves by the means at their disposal. In order to ensure the realization of this right, it is necessary to recognize it as such within the national legal order of each State by the adoption of legislation, plans and water resources strategies that guarantees its exercise.

In light of the above said, it is possible to conclude that, with present International Law, the right to water and sanitation entails an obligation of due diligence<sup>59</sup>. States are mainly and ultimately responsible for the compliance of this obligation. Nonetheless, they are not obliged to render themselves directly the service of water and sanitation provision. Human Rights normative framework does not require a specific form of provision

---

<sup>59</sup> Tanzi, Attila, “Reducing the Gap between International Water Law and Human Rights Law: The UNECE Protocol on Water and Health”, *International Community Law Review*, Vol. 12, 2010, p. 277. Cf. McCaffrey, Stephen, “A Human Right to Water: Domestic and International Implications”, *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 5, 1992, p. 12 *et seq.*

of water and sanitation services. Consequently, a State may formally delegate the provision of those services to non-State actors such as transnational or smaller corporations, non-governmental organizations or communitarian entities. It may also happen that the State in question neither formally delegates the provision of the service nor renders it directly by itself. More often than not there are practices of informal or *de facto* provision of services, which are set in motion in order to cover the needs of certain sectors, which are not included within the scope of the formal provision. Small companies, NGOs and communitarian groupings generally assume the rendering of these services. In any case, the State has an obligation to create a suitable environment to the exercise to the right to water and sanitation<sup>60</sup>.

Since they are part of the State's apparatus, local and municipal authorities are not exempt from the human rights obligations deriving from the exercise of the right to water and sanitation with respect to every individual under their jurisdiction. The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) has so declared in the *Case of Aguas de Aconquija v. Argentina*<sup>61</sup>. These authorities must take concrete measures taking into account the specificities of the communities under their charge.

Additionally, States must provide regulatory frameworks for all service providers. This framework comprises a group of national norms within each State, which appoints a certain organ – generally the regulatory entity, a public organ – to supervise and promote the observance of those norms. From a human rights standpoint, the regulatory organs are the means by which the State regulates and monitors the activities of service providers in case of delegation. It translates the obligations to protect and fulfil the right to water and sanitation above described.

---

<sup>60</sup> Cf. Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation. Addendum. Progress Report on Good Practices, United Nations, A/HRC/15/31/Add. 1, *op. cit.*, p. 17, paragraph 70.

<sup>61</sup> ICSID, *Aguas del Aconquija S. A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentina*, judgment of November 21, 2000, in: *International Legal Materials*, Vol. 40, 2001, p. 426 *et seq.* See specially p. 440, paragraph 64 and p. 443 *et seq.*, paragraphs 77 *et seq.*



Service delegation does not exempt the State under any circumstance of its obligations. Whereas the State is the first responsible for the legal obligation to provide safe drinking water and sanitation for the individuals under their jurisdiction, service providers are subject to a complementary obligation in this regard. Whilst not assuming direct obligations from an international legal viewpoint, respect for human rights and especially for the right to water and sanitation is enshrined in political commitments in which States stress their expectations from the companies in charge of providing the service<sup>62</sup>. UN Human Rights Council Resolution 8/7 affirms the responsibility of transnational corporations and other business enterprises to respect human rights within the framework of the State's obligations to respect, protect and fulfil. These entities must identify the real and potential risks threatening the enjoyment of human rights during the whole vital cycle of a project or commercial activity<sup>63</sup>.

Above all, States are responsible for ensuring the respect of the right to water and sanitation within their respective jurisdictions. As such, they must demand corporations to respect this right with due diligence in their delegation instruments. In the case of non-compliance, regardless of the corporations' responsibility at a national level for violations of the terms of their respective contracts, States are directly responsible from an international legal standpoint towards the individual affected by that violation.

---

<sup>62</sup> Companies recognize this responsibility, as in the case of AquaFed, the International Federation of Water Private Operators, which openly supports the human right to water and sanitation. [http://www.aquafed.org/pdf/UNGA-RTWS\\_AquaFed\\_Press%20Release\\_ES\\_Pc\\_2010-07-29.pdf](http://www.aquafed.org/pdf/UNGA-RTWS_AquaFed_Press%20Release_ES_Pc_2010-07-29.pdf)

It is worth noting too the UN Global Compact CEO Water Mandate, a public-private initiative between companies and the international community to develop strategies and find solutions to problems involving access to water and sanitation. Through this programme, companies work directly with Governments, United Nations agencies, NGOs and other actors to address these issues. <http://www.unglobalcompact.org>

<sup>63</sup> *Business and human rights: Towards operationalizing the "protect, respect and remedy" framework*. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. United Nations, A/HRC/11/13, paragraphs 59 and 71.

With regards to other subjects of International Law, United Nations agencies and other international organizations dealing with access to water and sanitation must effectively cooperate with States towards the implementation at a national level of the right to water and sanitation. International financial institutions must take due regard to this right in their policies, credit accords, structural adjustment programs as well as in other development projects<sup>64</sup>.

## 5. The Human Right to Water from a Latin American standpoint

At present, there is no treaty specifically foreseeing the right to water and sanitation for Latin America as a whole. Until now, the only multilateral agreement recognizing this right at a regional level is the afore-mentioned 2006 Central American Water Covenant, signed between Belize, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica and Panama. Article 1 of this treaty expressly declares that water in all its forms belongs to the public domain and its access is an inalienable and fundamental human right. It establishes, among its objectives “advance in the achievement of providing access to drinking water and basic sanitation services to all the neglected population from Central America and Dominican Republic, thus contributing to the fulfilment of the Millennium Goals as well as of those contained in the national development plans”<sup>65</sup>.

Whilst the rest of the multilateral treaties on the subject of water resources in force in Latin America adopt a systemic approach to the rational utilization of the resource, they do not expressly foresee the right to water and sanitation. The Amazon Cooperation Treaty affirms in its Article 1 that States “agree to undertake joint actions and efforts to promote the harmonious development of their respective Amazonian territories in such a way that these joint actions produce equitable and mutually beneficial

---

<sup>64</sup> Cf. United Nations, A/HRC/15/31/Add. 1, *op. cit.*, p. 20, paragraph 79. See also United Nations, A/HRC/12/24, p. 27, paragraph 81 (f).

<sup>65</sup> Article 2, paragraph (b) of the Covenant. The official language of the treaty is Spanish, its translation belonging to the author of this contribution.

results and achieve also the preservation of the environment, and the conservation and rational utilization of the natural resources of those territories”<sup>66</sup>. The 2002 Santa Cruz de la Sierra Declaration by the State Parties to this treaty reaffirms the importance of the integrated management and conservation of the system’s water resources as a factor of economic, social development and of life quality<sup>67</sup>. The treaty also prescribes the creation of special commissions destined to the study of specific topics. Among these, the Health Special Commission of the Amazon assumes the responsibility of improving the sanitary conditions of the region and further developing the methods to both prevent and fight against epidemics<sup>68</sup>.

Article 1 of the Plata Basin Treaty between Argentina, Bolivia, Brazil, Paraguay and Uruguay stipulates that State Parties “shall promote, in the region of the Basin, the identification of areas of mutual interest, the carrying out of studies, plans and works and the formulation of such operating arrangements and legal instruments as they may deem necessary to achieve (...) (b) The rational utilization of water resources, in particular by the regulation of watercourses and their multipurpose and equitable development”<sup>69</sup>. The treaty also prescribes mutual cooperation of the States with respect to education, health and disease control<sup>70</sup>. Since health and disease control presuppose access to drinking water and sanitation, this latter can be understood to be implicit in that norm.

If we consider the date of the above-analysed treaties and the development that Human Rights have witnessed, it is understandable that access to drinking water and sanitation has not been included as part of the agenda during those treaties’ negotiations. Rather, Latin American thinking in this regard is quite recent. The most recent and first multilateral agreement in the region with respect to a transboundary aquifer, the 2010

---

<sup>66</sup> This treaty was signed on 3 July 1978 by Bolivia, Brazil, Colombia, Ecuador, Peru, Suriname and Venezuela and entered into force on 12 August 1980. *United Nations Treaty Series*, Vol. 1202, p. 70 *et seq.*

<sup>67</sup> <http://www.otca.org.br>

<sup>68</sup> *Ibidem.*

<sup>69</sup> *United Nations Treaty Series*, Vol. 875, p. 11. This treaty was signed on 23 April 1969 and entered into force on 14 August 1970.

<sup>70</sup> *Ibid.*, paragraph of the same article.

Guarani Aquifer Treaty, does not allude to the human right to water and sanitation. It solely stipulates the conservation and environmental protection of the aquifer as transboundary water system in order to ensure the multiple, rational, sustainable and equitable use of its water resources<sup>71</sup>.

The Organization of American States' General Assembly Resolution 2349 (XXXVII-O/07) declares that access to safe drinking water and basic sanitation is indispensable for a life with human dignity. It urges Member States to “develop government policies that envisage the participation of civil society in water resource management and in planning options for improving their drinking-water and sanitation services, with respect for the rule of law, bearing in mind, among other considerations, the needs of urban, rural, and indigenous communities, facilitating to that end access to specialized know-how and information on integrated water resource management in a democratic, transparent, and equitable manner”<sup>72</sup>. In addition, Resolution 2347 (XXXVII-O/07) adopted within the framework of the Inter-American Meeting On Economic, Social, And Environmental Aspects Related To The Availability Of And Access To Drinking Water, resolves to expedite efforts, in the context of realities and national laws, to achieve the objective of halving the proportion of people who are unable to reach or to afford safe drinking water, on the basis of non-discrimination, equality, equity, solidarity, and environmental sustainability<sup>73</sup>. Hence, it can be concluded that there is a legal instrument, recognizing – at least indirectly – the right to water and sanitation in the American continent, as a necessary condition for a life with human dignity.

### *5.1. Recognition of the Right to Water and Sanitation at a National Level*

The right to water and sanitation has been incorporated to the different legal orders of the States in diverse forms. Whereas some States have

---

<sup>71</sup> Cf. Article 4 of the Treaty. This treaty was signed on 2 August 2010 by the State Parties of Mercosur, e.g. Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay.

<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/pdfs/repartidos/senado/S2012030486-00.pdf>

<sup>72</sup> Cf. Paragraph 5 of this document, dated 5 June 2007.

<sup>73</sup> Cf. Paragraph 2 of the resolution. <http://www.oas.org/dsd/Generalassembly/ResolutionsGASDfinal.pdf>

directly recognized the right in question in their respective national constitutions, others have dictated legislation on the subject. In some cases, it is case law that has ended up consecrating this human right.

Bolivia, Ecuador and Uruguay are amongst the first group, which has explicitly incorporated the human right to water in their constitutions. Article 16, paragraph 1 of the 2008 Constitution of Bolivia affirms that “every person has the right to water and food”<sup>74</sup>. It also stipulates that every person possesses the right to universal and equitable access to basic services of safe drinking water and that access to water and sewage systems are human rights<sup>75</sup>. The 2008 Constitution of Ecuador declares in its Article 12 that the “human right to water is fundamental and unwaivable. Water amounts to strategic national heritage, of public use, inalienable, imprescriptible, that cannot be confiscated and essential for life”. It is worth noting that both Bolivia and Ecuador were among the main promoters of UN General Assembly’s resolution on the right to water and sanitation.

However, Uruguay was the real pioneer in the recognition of this right. Its former 1967 Constitution was modified in 2004 by virtue of a referendum that approved by 64% of votes the consecration of access to safe drinking water and sanitation as fundamental human rights in its Article 47. This norm also prescribes that the national policy in water and sanitation will be based on the establishment of priorities with respect to the use of drinking water. The first priority will be the provision of safe drinking water and the principle by which social reasons will prevail over economic ones in water and sanitation services provision<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> In Spanish it reads: “I. Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación. II. El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población”. Asamblea Constituyente de Bolivia, *Nueva Constitución Política del Estado*, Octubre 2008.

<sup>75</sup> Article 373 of the same instrument prescribes that water amounts to a most fundamental vital good. The next article goes on to add that the State will protect and guarantee the prevailing use of water for life.

<sup>76</sup> In Spanish, this Article reads as follows: La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores. El

Both Paraguay and Peru have incorporated the human right to water and sanitation in their respective national legislation. The National Water Resources Law of Paraguay declares that access to water for the satisfaction of basic needs is a human right, which must be guaranteed by the State in adequate quantity and quality<sup>77</sup>. The Peruvian 2009 new Law on Water Resources similarly recognizes in its Article III access to water as a fundamental right<sup>78</sup>. The right to sanitation has been likewise foreseen by Brazilian legislation. Article 43 of the Law relative to Basic Sanitation prescribes that service rendering will be regulated by the minimum requisites of quality, regularity and continuity<sup>79</sup>.

Whereas they do not explicitly recognize the human right under analysis, other Latin American States establish obligations with respect to water and sanitation provision. Article 105 of the Nicaraguan Constitution prescribes the obligation of the State to promote, facilitate and regulate the rendering of water public services and declares health services as indeclinable State duties. Furthermore, the State is obliged to “render (these services) without exclusion, to improve them and extend them”<sup>80</sup>. In this respect, Article 106 of the Constitution of Panama establishes that the control of transmissible diseases correspond primarily to the State through diverse measures such as ensuring the availability of drinking water. It also affirms that it is a fundamental duty of the State to guarantee that the

---

agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales. 1) La política nacional de aguas y saneamiento estará basada en: (...) d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico. (...)El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales”. República Oriental del Uruguay, Constitución de la República.

<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.ht>

<sup>77</sup> Ley Nacional de Recursos Hídricos del Paraguay, No 3239/2007, Article 3.

<sup>78</sup> Cf. Article III, principle 2 of the law No 29338/09, entitled in Spanish “Principio de prioridad en el acceso al agua”.

<sup>79</sup> Law No 11445/2007.

<sup>80</sup> *Constitución política de Nicaragua y sus reformas. Agosto de 2003*, at: <http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/2134/Constitucion.pdf>

population inhabits a healthy and unpolluted environment, in which air, water and food satisfy the requirements of an adequate development of human life<sup>81</sup>.

Article 366 of the Constitution of Colombia, which was reformed in 2005, affirms that the general well-being and the improvement of the life quality of the population are social objectives of the State. A fundamental aspect of these objectives is the solution of unsatisfied needs with respect to health, education, environmental sanitation and drinking water. The Constitutions of the Dominican Republic and Guatemala contain similar provisions<sup>82</sup>.

National case law in Latin America also contains references to the right to water and sanitation. In Argentina, for example, a tribunal of the province of Córdoba condemned the provincial State for violation of the rights to a healthy environment, an adequate standard of living, access to water and health. The tribunal recognized the human right to water as implicit in the right to health. Consequently, it ordered the province to ensure that the claimants receive a minimum provision of 200 litres of safe drinking water per day until the pertinent works enabling full access to water public services are done<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Constitución política de la República de Panamá, *Gaceta Oficial No. 25176* (15 de noviembre de 2004), p. 45 *et seq.*

<sup>82</sup> Article 15 of the 2010 Constitution of the Dominican Republic stipulates that water is tantamount to national strategic heritage of public use. It is inalienable, imprescriptible, cannot be confiscated and is essential for life. Water consumption has priority over any other use. Article 61, paragraph (1) prescribes that the State will watch over the improvement of access to food, sanitation services and hygienic conditions. Constitución de la República Dominicana, *Gaceta Oficial No. 10.561*, 26 de enero de 2010. [http://www.suprema.gov.do/PDF\\_2/constitucion/Constitucion.pdf](http://www.suprema.gov.do/PDF_2/constitucion/Constitucion.pdf)

With regard to sanitation in particular, Article 96 of the 1985 Guatemalan Constitution imposes upon the State the obligation to guarantee the establishment and programming of health primary care and the improvement of basic environmental sanitation conditions among the less favoured communities. *Constitución de la República de Guatemala*.

<sup>83</sup> Ciudad de Córdoba, Primera Instancia y 8 Nominacion en lo Civil y Comercial, *Marchisio, Juan Bautista y otros c/Superior gobierno de la provincia de Córdoba y otros – recurso de amparo* (Expte. N° 500003/36) in: [http://www.fian.org/fian/pdf/SENTENCIA\\_Chacras%20de%20la%20Merced.pdf](http://www.fian.org/fian/pdf/SENTENCIA_Chacras%20de%20la%20Merced.pdf)

Since the human right to water and sanitation has been recognized both internationally and at a regional level, by the Organization of American States General Assembly indirectly and in numerous occasions by the Inter American Court of Human Rights, all the States of Latin America – at least those who are Member States of that organization - must incorporate it in their respective national legal orders. It may seem too soon to assert the existence of a customary legal norm on the right to water and sanitation. However, the consistent, repetitive and uninterrupted *dicta* of the Inter American Court of Human Rights in this respect allows us to conclude on the existence of a nascent regional customary human right to water and sanitation<sup>84</sup>.

## 6. Conclusions

The human right to water and sanitation is indeed a legal norm. As such, it is binding upon Member States of the United Nations and upon those of the Organization of American States. With regards to the very few remaining States of the international community that are members of neither organizations, it does not seem hurried to assert that they are either bound by a customary norm in this regard or at least they soon will be by a nascent one.

Although many Latin American States recognize at a national level the right to water and sanitation, mainly in their respective Constitutions,

---

See also the judgment of the Supreme Court of Costa Rica in the case *Emilio Espinoza Morales y otros c. Roberto Aguilar Arguedas, Alcalde municipal de Montes de oro y Waddy Villalobos Quiros, Ronald Sanchez Trejos, Jorge Francisco Vargas Rojas, Martha Ligia Blanco Rodriguez y Rosey Jimenez Moya, Regidores de la Municipalidad de Montes de oro s/amparo*, Sala Constitucional de la Corte Suprema, sentencia del 8 de noviembre de 2000. And, from Chile, the case *Comunidad Atacameña Toconce c/ Essan S.A.*, Corte Suprema de Chile, sala IV, sentencia del 22 de Marzo de 2004.

<sup>84</sup> Cf. The International Law Commission Special Rapporteur's *First Report on Formation and Evidence of Customary International Law*, 17 May 2013, in: United Nations, A/CN.4/663, pp. 36-37. See also Barberis, *Formación*, *op. cit.*, pp. 210-212 and Barberis, J., "Réflexions sur la coutume internationale", *Annuaire français de droit international*, Vol. XXXVI, 1990, pp. 9-46.



there is still a long road ahead until its effective local implementation. Since most Constitutions are very recent, the pertinent national and local regulation as well as the institutional implementation of access to water and sanitation of each State's entire population will actually require a certain lapse of time. However, it is still possible to identify certain aspects, pointed out by the independent expert on the subject, which would be key to ensuring such protection.

Strengthening of the institutional framework is crucial in this regard. Investments in the sector of water and sanitation should guarantee both technical training and coordination among the different institutions working at a national and local level. This promotes a more efficient rendering of the service, a systemic approach and a better management of the available water resources.

Along this line, works performed in the area of sanitation, mainly sewage systems, should go hand in hand with those destined to safe drinking water provision. Sadly, this seldom happens and it is a major challenge for the region. Additionally, tariff regulation policies call for a regulatory framework that ensures equitable prices and a subsidy regime for the most marginalized sectors of society. Above all, the recognition of the human right to water and sanitation demands an effective and real State policy in the sector in Latin America. 2013 being proclaimed the United Nations International Year of Water Cooperation, the role of international organizations and financing institutions in the sector of water and sanitation in Latin America becomes all the more compelling. These institutions can play an invaluable function in fostering the exchange of know-how and among the Governments of the region as well as the development of projects in the sector. In this regard, taking into account local and traditional practices may prove key to ensure the effective rendering of water and sanitation services.

All things considered, the existence of an international agreement foreseeing the right to water and sanitation and its articulation in Latin America could reveal highly beneficial both for its States individually and as a whole as well as to all the individuals under their jurisdiction. Such an agreement must be sure to take due regard of the special characteristics of the region and adopt a systemic approach to its water resources.

As Professor Drnas de Clément clearly explains: “[W]e understand that, since there is no area of law that is not related to human rights, these rights have penetrated into all legal approaches (in the fight against

terrorism, racial discrimination, economic, social and cultural situations, indigenous peoples, investments, integration, etc.)<sup>85</sup>. Water and sanitation are certainly not exempted from this phenomenon.

---

<sup>85</sup> Drnas de Clement, Zlata, “The Humanisation of International Courts”, in: *International Law: New Actors, New Concepts, Continuing Dilemmas: Liber Amicorum Bozidar Bakotic*, Leiden, Brill, 2010, p. 407.

# LA DEMOCRACIA EN LA ERA DIGITAL

## Una mirada desde el ámbito latinoamericano

Beatriz M. RAMACCIOTTI

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La democracia en el contexto global digital. 3. La democracia representativa en el ámbito interamericano: avances y retrocesos. 4. Las “Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” (TICs) y su impacto en el escenario político latinoamericano. 5. ¿Hacia una Democracia Digital? Algunas reflexiones finales.

### 1. Introducción

El contexto internacional actual caracterizado por la globalización, la interdependencia y una revolución tecnológica-informática sin precedentes muestra un siglo veintiuno adentrado en la “era digital”. Igualmente los valores liberales y la democracia se han extendido por todo el planeta. En el ámbito interamericano, dejando atrás varias décadas de golpes de Estado, dictaduras y violación de los derechos elementales, se han consolidado los principios democrático-liberales y la acción colectiva en defensa de la democracia en acuerdos internacionales. Sin embargo, los gobiernos autocráticos y populistas de algunos países, disienten en la práctica de los valores democráticos protegidos en el plano jurídico.

Frente al actual escenario democrático de la región latinoamericana cabe plantearse el impacto que tendrán las “*tecnologías de la información y las comunicaciones*” (TICs). No cabe duda que los nuevos desarrollos a través de *Internet* -correo electrónico, chats y blogs-; las redes sociales de toda índole; los buscadores de información; las múltiples aplicaciones; así como el teléfono móvil y la TV digital; vienen transformando las diversas actividades del ser humano. Y la democracia no ha sido

una excepción. Con la expansión de los medios digitales ha surgido una nueva visión de la política y de como “hacer” política, con efectos sobre la información y la opinión pública; las campañas y la propaganda electoral; los partidos políticos, candidatos y la interacción con los electores; el voto electrónico; la participación ciudadana; los movimientos populares; el control de la gestión y transparencia de los gobiernos; la difusión de noticias; entre otros aspectos.

Muchas preguntas surgen frente a este contexto: ¿La democracia representativa que conocemos tendrá el mismo sustento en pocos años? ¿Cambiarán los principios democráticos? ¿Se facilitará la gobernabilidad con el uso masivo de los medios digitales? ¿Qué riesgos podrían plantearse? ¿Existen mayores posibilidades de manipulación de la opinión pública? ¿Los medios virtuales debilitarán los partidos políticos? ¿Habrá una mayor participación ciudadana? ¿Cuáles serán las nuevas audiencias y actores, su comportamiento y demandas? ¿Cómo se canalizarán las crecientes expectativas y el activismo de la ciudadanía a través de las TICs?

En definitiva, el escenario que van configurando las “sociedades del conocimiento”, lleva a reflexionar acerca de la poderosa realidad digital y sus efectos respecto del sistema político, la democracia representativa y la gobernabilidad democrática que, probablemente, conservando sus valores y principios básicos, tendrán que adaptarse gradualmente a las nuevas modalidades y referentes virtuales.

## 2. La democracia en el contexto global digital

El mundo del siglo veintiuno se inicia marcado por la globalización<sup>1</sup> y una revolución tecnológico-informática que viene generando cambios cualitativos en las relaciones de producción, en las estructuras de poder así como en los más diversos ámbitos con innumerables oportunidades pero también con algunas amenazas y riesgos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Plattner, Marc F. & Smolar, Alexander (Editors). *Globalization, Power and Democracy*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2000.

<sup>2</sup> Gilpin, Robert. “Globalization and Its Discontents” en: *The Challenge of Global Capitalism*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000; Huntington, Samuel P. “The Lonely Superpower”, *Foreign Affairs*, March-April, 1999.

Las *tecnologías de la información y las comunicaciones* (Tics) y otros procesos y aplicaciones están transformando la vida del ser humano prácticamente en todas sus dimensiones<sup>3</sup>. Conjuntamente con las economías de escala, el dinamismo del comercio internacional, las transacciones a nivel planetario de empresas multinacionales, la mundialización de los flujos de capital en el sistema financiero internacional, se observa la creciente difusión de los valores democráticos tanto dentro como fuera de las fronteras estatales<sup>4</sup>. La interconexión digital hace aún más notable la interdependencia a todo nivel: funcionarios de gobiernos y organismos internacionales; representantes de empresas, entidades y órganos supranacionales; grupos organizados de la sociedad civil y el público en general.

La denominada “*interdependencia compleja*”, interpreta y señala los cambios que se producen en el mundo internacional a partir de los crecientes vínculos interestatales, transnacionales e internacionales. La “*diplomacia digital*”<sup>5</sup> y las innumerables y crecientes “*redes de sociales*” promueven la cooperación y los intercambios pacíficos, de tal modo que pueden prevenir en la mayor parte de los casos, el uso de la fuerza y la coerción en sus diversas formas, como instrumento político<sup>6</sup>.

El modelo de sociedad internacional con Estados soberanos que interactúan entre sí defendiendo activamente su soberanía territorial y creando normas a través del consentimiento formal, ha sido relegado en buena medida por otras modalidades de relacionamiento, solución de controversias y de creación de acuerdos más pragmáticos y ejecutivos. La difusión intensiva de tecnologías de vanguardia y “*networks*” informáticas

---

<sup>3</sup> Castells, Manuel. *La Era de la Información: Economía, Sociedad y Cultura*. Madrid: Alianza Editorial, 2002; Naisbitt, John. *The Global Paradox*, New York: Avon Books, 1994.

<sup>4</sup> Muñoz, Heraldo (Compilador). *Globalización: América Latina y los Desafíos del Nuevo Milenio*, Santiago de Chile: Aguilar, 2000; Nye, Joseph S. *The Paradox of American Power*, Oxford-New York: Oxford University Press, 2002, Cap.2: “The Information Revolution”.

<sup>5</sup> Gross Stein, Janice. *Diplomacy in the Digital Age*, Ontario: McClelland & Steward, 2011; Dizard, Wilson. *Digital Diplomacy*, Westport, Connecticut, London: Praeger 2001.

<sup>6</sup> Kehoane, Robert O. & Nye, Joseph, S. *Poder e Interdependencia: La política mundial en transición*, Grupo Editor Latinoamericano: Buenos Aires, 1998; Krasner, Stephen D. “Think Again: Sovereignty,” *Foreign Policy*, January-February 2001.

en todos los niveles sociales, permitiendo una comunicación instantánea, entre múltiples sujetos, sin importar las fronteras geográficas ni el estrato social, edad o etnia, está favoreciendo una suerte de “homogeneización” de las sociedades, con la universalización de ciertos valores y modelos culturales de las naciones más desarrolladas<sup>7</sup>. La proliferación de cumbres, conferencias internacionales y el nuevo vigor del multilateralismo, demuestran la preocupación por alcanzar una “gobernanza global”<sup>8</sup> en función de intereses comunes y con determinados estándares de comportamiento y regímenes jurídicos de alcance universal o regional.

El poder también se percibe en forma diferente en la “sociedad del conocimiento” o “era digital globalizada”<sup>9</sup>. Frente al poder duro (“*hard power*”) de la preponderancia militar y el poderío económico, se expande el poder blando (“*soft power*”) que se ejerce a través de la influencia frente a otros actores (estatales y no estatales), con modalidades como la persuasión, la influencia y la capacidad de “exportar” el apego a ciertos valores y productos, formas de vida y de pensar, este caso, aquéllos que se identifican con una sociedad democrática, liberal y de mercado abierto. Precisamente, los valores liberales se extienden y difunden en forma horizontal a los más diversos actores con gran facilidad, en forma masiva y trasversal, gracias principalmente a Internet y al teléfono móvil<sup>10</sup>. En definitiva, aun teniendo en cuenta la existencia de distintas visiones, los caracteres esenciales de la sociedad contemporánea están dados por la revolución digital, la globalización, la interdependencia y el multilateralismo. Desde un punto de vista político, lo más relevante en este panorama es que todos los fenómenos y situaciones antes mencionadas coadyuvan a que los ciudadanos estén interconectados, tengan más información y

---

<sup>7</sup> Op. Cit. Castells, Manuel. *La Era de la Información: Economía, Sociedad y Cultura*, 1995; Naisbitt, John. *Global Paradox*, New York, Avon Books, 1994.

<sup>8</sup> Dingwerth, K. y Pattberg, P. (2006). “Global Governance as a Perspective on World Politics”, *Global Governance*, 12, 185; Held, David. *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford: Stanford University Press, 1995.

<sup>9</sup> Castells, Manuel, *La ciudad informacional*, Madrid: Alianza Editorial, 1995.

<sup>10</sup> Friedman, Thomas L. *The world is flat: A brief history of the twenty-first century*, New York: Straus & Giroux, 2005; Jarauta, Francisco. “Entrevista sobre la Globalización”, *Le Monde Diplomatique*- No. 101 de (edición española), 1 marzo 2004.

exijan una mayor democratización, igualdad, libertad y justicia en sus sociedades<sup>11</sup>.

## El concepto de democracia

En el mundo político se habla indiscriminadamente de “democracia”, especialmente por parte de los líderes y gobernantes. En esa medida resulta pertinente para nuestro análisis precisar cómo se concibe y se tipifica en la actualidad a la democracia en las sociedades occidentales.

Las definiciones del concepto de democracia, desde el ideal ateniense hasta los postulados en los siglos sucesivos, se refieren, en una u otra forma, a un gobierno que es elegido libremente por todos los ciudadanos con el objeto del ordenamiento de la vida pública para que ésta, respetando los derechos esenciales de los ciudadanos, se desarrolle en forma armónica y pacífica. Los principios democráticos que sustentaron los documentos históricos adoptados en la Independencia de Estados Unidos (1776) y en la Revolución Francesa (1848), rebasaron los límites precederos de su época y pasaron a constituir un referente para las naciones contemporáneas, la mayor parte de cuales, se fueron transformando gradualmente en democracias constitucionales<sup>12</sup>. Cabe recordar que, hasta hace poco tiempo atrás, el régimen interno de gobierno era considerado un asunto de la exclusiva competencia de los países y objeto de estudio del derecho nacional, en particular, del derecho constitucional. Es sólo a partir de determinados acontecimientos históricos que se dan con el fin de la guerra fría (1989), que las características democráticas de un régimen político comienzan a ser objeto de creciente interés en el escenario internacional

---

<sup>11</sup> Ferrer, Aldo. *Hechos y ficciones de la globalización*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1997; Schwartz, Herman M *States Versus Markets: The Emergence of a Global Economy*, 2ª Edition, New York: Macmillan, 2000; Friedman, Thomas L. “The New System,” en: *The Lexus and the Olive Tree: Understanding Globalization*, New York: Anchor Books, 2000.

<sup>12</sup> Sartori, G. *Teoría de la democracia en el debate contemporáneo*, México D.F.: Alianza Universidad, 1989; Copp, D., Hampton, J. & Roemer, J. (Editors). *The Idea of Democracy*, Cambridge-New York: Cambridge University Press, 2003.

y objeto de estudio del Derecho Internacional<sup>13</sup>. Resulta interesante el caso de Naciones Unidas que aceptó desde su origen la participación de diversos regímenes de gobierno e ideologías. En ese sentido fue configurada como una organización multilateral plural cuyo objetivo fundamental fue la preservación de la paz y la seguridad internacionales. Y quizás por ello es que no se encuentra la palabra “democracia” en ninguna de las normas de su Carta constitutiva dado que bastaba que una nación fuera considerada “pacífica” para tener asegurado un lugar en dicho acuerdo universal. No obstante, a través de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), se incorporaron los derechos políticos que deben ser respetados en el marco de una *sociedad democrática*<sup>14</sup> y, luego, en 1966, en los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos; y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se incluyó el derecho a votar y ser elegido en elecciones periódicas y auténticas. Por su parte, el principio de “autodeterminación de los pueblos” (Art. 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), que cumplió un papel fundamental en el proceso de descolonización, es interpretado actualmente por el *Comité de Derechos Humanos de la ONU*, como un “derecho colectivo a la democracia” y se concibe que deben existir gobiernos democráticos basados en la voluntad popular con la participación de todos los ciudadanos. En el año 2000, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la “*Declaración del Milenio*” que incluye menciones expresas a la defensa de la libertad, la democracia y el estado de derecho; y al gobierno participativo basado en la voluntad popular para asegurar los derechos humanos, todos ellos valores fundamentales para asegurar la paz y el bienestar en la sociedad global<sup>15</sup>. La continuación formal para evaluar y hacer un seguimiento de los objetivos propuestos al inicio del milenio, se produce con la “*Cumbre Mundial de 2005*” que reafirman los valores y principios adop-

---

<sup>13</sup> Ramacciotti, Beatriz M. *Democracia y Derecho Internacional en las Américas* (Primera Parte), Córdoba: Editorial Lerner. 2009.

<sup>14</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), (Arts. 21 y 29).

<sup>15</sup> La *Cumbre del Milenio* de las Naciones Unidas se realizó del 6 al 8 de septiembre, 2000 con la presencia de los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros, quienes convergieron en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York para participar en la reunión más grande de líderes políticos llevada a cabo en el mundo.



tados anteriormente así como también hace una suerte de evaluación sobre los avances democráticos registrados en el último quinquenio. En esa línea se crea el “*Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia*” destinado a promover las sociedades hacia la consolidación de una democratización interna<sup>16</sup>. Aunque Naciones Unidas sigue avanzando progresivamente en la promoción de la democracia, son las organizaciones regionales, con una mayor homogeneidad entre sus Estados miembros, las que han sido pioneras en la formación y defensa del *paradigma democrático*. Actualmente en Europa y en las Américas, se aprecia que los gobiernos elegidos democráticamente son la regla y no la excepción<sup>17</sup>.

### **Democracia representativa: principios y estándares mínimos**

Teniendo en cuenta los antecedentes antes mencionados, resulta importante determinar cuáles son los requisitos mínimos necesarios y comunes a todo orden democrático, dado que en la práctica existen una gran diversidad de “modelos” de democracia que responden a la cultura, idiosincrasia y condicionamientos históricos de cada nación<sup>18</sup>.

En lo que respecta a las “democracias representativas” que son las predominantes en la actualidad, cabe destacar que un rasgo fundamental que las tipifica es que todas ellas tienen como base común una ley suprema o “Constitución” que establece los derechos y obligaciones fundamentales, la división y equilibrio de los poderes del Estado y los mecanismos para que los ciudadanos elijan a sus representantes y éstos adopten

---

<sup>16</sup><http://www.un.org/democracyfund/XUNDEFBasicInformation.htm>- *Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia (UNDEF)*

<sup>17</sup> Op. cit. Ramacciotti, Beatriz M. *Democracia y Derecho Internacional* (Segunda Parte), 2009.

<sup>18</sup> Existen democracias directas e indirectas o representativas; de régimen presidencialista ó parlamentarista; bajo la modalidad de una república ó una monarquía constitucional; unitarias, confederativas ó mixtas con autonomías regionales; con elecciones cada cuatro, seis o siete años; con ó sin reelección inmediata; con congresos unicamerales ó bicamerales; con mayor o menor extensión de derechos (calidad de la democracia: “plena” ó “mínima”; “de origen” ó “de ejercicio”; “democracia en transición”; etc.); con mayor ó menor participación ciudadana (participativas; deliberativas; etc.).

las decisiones políticas, dicten las leyes y administren programas para el bien público. Asimismo se puede apreciar el sello que vincula este tipo de democracia con el liberalismo, porque se incorpora como valor superior y fundacional a la “libertad” en un marco de “igualdad formal” ante la ley y se equipara “la igualdad material” con la búsqueda del bienestar con equidad para todos. Otro aspecto primordial es que el concepto democrático es inseparable del respeto a los derechos humanos básicos, permitiendo dentro del marco de la ley, un pluralismo con libertad de expresión, de creencias y el respeto a las minorías.

En el plano universal, si bien aún no se ha plasmado una universalización de la democracia como la forma única y final de gobierno humano que algunos vaticinaban<sup>19</sup>, si existe una democratización en todas las sociedades, precisamente por la “homogenización” que trae consigo la globalización. El despliegue de la gobernabilidad democrática está representada por cerca de ciento cincuenta países democráticos -en distintos grados de evolución y consolidación- donde los gobernantes llegan al poder por medio de elecciones libres, periódicas y multipartidarias de acuerdo a las normas constitucionales<sup>20</sup>. Existe una corriente favorable a nivel universal que plantea que debemos acercarnos a una “democratización global” de las relaciones internacionales que permita la construcción de un orden mundial fundado sobre principios constitucionales respetuosos de la libertad y los derechos humanos<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Fukuyama, Francis. *The End of History and the Last Man*, New York: Avon Books, 1992; Marks, Susan. “International Law, Democracy and the End of History”, en: Fox, Gregory H. & Roth, Brad R. (Editors). *Democratic Governance and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

<sup>20</sup> Según diversas fuentes, en la actualidad existen 203 estados independientes que conforman la comunidad internacional, 193 de los cuales son miembros de ONU y más de 140 son países democráticos que eligen a sus gobernantes por medio de elecciones multipartidarias, libres, periódicas, justas y abiertas a la observación internacional. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en su Boletín Digital, *PNUD Inforápida*, de abril 2007, mostraba que la los países en el mundo que adoptaron una modalidad democrática de gobierno creció de 60 en 1985 a 140 países en 2007.

<sup>21</sup> Bobbio, Norberto. *El Futuro de la Democracia*, México: Fondo de Cultura Económica, 1986; Slaughter, Anne-Marie. “International Law in a World of Liberal States”, *European Journal of International Law*, 1995; Stern, Brigitte. “How to

No obstante la carencia de una posición única y una definición precisa y universal de la democracia, en todos los desarrollos político-jurídicos se aprecia una coincidencia teórica al señalar determinados elementos esenciales que caracterizan al *paradigma democrático* y que, aunque existan diferentes modalidades y aplicaciones prácticas, deben siempre prevalecer para que se considere que existe un “orden democrático”<sup>22</sup>.

En este sentido, los elementos *sine qua non* que deben estar presentes en una democracia representativa, son los siguientes:

- \* Existencia de un régimen basado en el estado de derecho, vale decir, que tenga como marco jurídico rector a una constitución o ley suprema que consigne los derechos y obligaciones de los gobernantes, de los ciudadanos, así como las instituciones del Estado y los valores fundamentales que sustentan a una nación;
- \* Derecho de sufragio para elegir y/o ser elegido para ejercer cargos públicos representando la voluntad popular en elecciones universales, periódicas, libres, multipartidarias y justas, que permitan la alternancia en el poder y, de ser el caso, con libre acceso a una observación internacional;
- \* El acceso al poder y su ejercicio respetando el estado de derecho;
- \* El ejercicio de la autoridad civil legalmente constituida con subordinación a las leyes;
- \* La existencia de poderes separados e independientes que permitan un mutuo control y el “balance de poder”;
- \* Un poder judicial autónomo que garantice la igualdad ante la ley, el debido proceso y los derechos de todos y cada uno de los habitantes en un Estado;

---

Regulate Globalization?” En: Byers, Michael (Editor). *The Role of International Law in International Politics*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

<sup>22</sup> Diamond, Larry. *Universal Democracy?*, Policy Review, June 2003; Huntington, Samuel. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, 1991; Schmitter Philippe C. & Lynn Karl, Terry. “What Democracy is...And is Not”, *Journal of Democracy*, Summer 1991; Sen, Amartya. “Democracy as universal value”, *Journal of Democracy*, Fall 1999; Dahl, Robert. *On Democracy*, New Haven: Yale University Press, 1998; McFaul, Michael. “The Fourth Wave of Democracy and Dictatorship”, *World Politics*, January 2002, Vol.54, No. 2; Touraine, Alain. *What is Democracy?* Boulder: Westview Press, 1997.

- \* El ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y el respeto a los derechos humanos básicos, civiles y políticos, en particular el derecho a la participación política, la libertad de expresión, de información y la no discriminación en función de sexo, raza, credo o pensamiento.

Todos estos elementos que caracterizan al *paradigma democrático* según la teoría política liberal, constituyen parte esencial del modelo político que más ha perdurado en el tiempo y que, en la actualidad, se ha ido consolidando como la forma de gobierno más extendida en el planeta, en particular, en los países de la Comunidad Europea y del Sistema Interamericano. La inevitable consecuencia, es que la legitimidad democrática de un gobierno ya no es un asunto exclusivamente de competencia del orden interno sino que es una temática que está regulada por el Derecho Internacional y seguirá perfeccionándose en el futuro próximo<sup>23</sup>.

Frente a estos conceptos tan significativos para el mundo político occidental, se plantean una infinidad de proyecciones respecto del impacto que tendrán los medios digitales sobre las estructuras democráticas y la gobernabilidad en nuestros países<sup>24</sup>, asunto que será presentado en la tercera parte de este ensayo.

### **3. La democracia representativa en el ámbito interamericano: avances y retrocesos**

A continuación se reseñara el estado de la democracia en Latinoamérica, con el propósito de apreciar luego el impacto que pueden tener los nuevos medios digitales en la promoción y consolidación de la gobernabilidad democrática en la región.

---

<sup>23</sup> Ezetah, Reginald. "The right to democracy: A qualitative inquiry", *Brooklyn Journal of International Law*, 1997; Fox, Gregory H. The Right to Political Participation in International Law, 17 *Yale Journal of International Law*, 1992.

<sup>24</sup> Kamarck C. Elaine & Nye, Joseph S. *Governance.com: Democracy in the Information Age*. Brookings Institution Press: Washington, DC, 2002.

*Protección jurídica de la democracia representativa en el ámbito interamericano*

En el ámbito del Sistema Interamericano, la democracia representativa, es un concepto bien delimitado jurídicamente. A nivel interno, todos los Estados de las Américas —con excepción de Cuba—reconocen un régimen democrático y los derechos humanos esenciales en sus Constituciones<sup>25</sup>. Por su parte, según se aprecia en la propia Carta de la OEA, desde su texto original de 1948, la democracia es tipificada como una condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región<sup>26</sup>. Esta declaración fue reafirmada y desarrollada en las sucesivas reformas de la Carta: Buenos Aires (1967); Cartagena de Indias (1985); Washington (1992); y Managua (1993) y el Protocolo de Washington (1992), en que la democracia fue incluida como propósito de la Organización y se introdujo un mecanismo de acción colectiva y sanciones para casos en que se derrocara por la fuerza a un gobierno elegido democráticamente. Posteriormente, las nuevas modalidades de crisis democráticas en el hemisferio crearon la necesidad nuevos mecanismos; es así como en 2001, se aprueba la Carta Democrática Interamericana (CDI), que presenta una visión “omnicomprensiva” de la democracia representativa, incluyendo los elementos básicos para promover y defender su plena vigencia. Consigna también el estrecho vínculo entre democracia, derechos humanos, desarrollo social, justicia y equidad. La CDI trasciende la idea de democracia electoral y sugiere un desarrollo desde una “*democracia de origen o electoral*” a un ejercicio democrático real que implique gobernar según las normas constitucionales, con una pluralidad e independencia de poderes y con respeto de las libertades y derechos de todos los ciudadanos. La CDI agrega mecanismos de acción colectiva para la defensa de la democracia frente a posibles situaciones que impliquen un riesgo para el orden democrático en un país miembro de la OEA. También están previstas sanciones como la suspensión de un gobierno de su derecho de participación en los órganos y actividades de la OEA hasta el

---

<sup>25</sup> Op. Cit. Ramacciotti, Beatriz M. *Democracia y Derecho Internacional*, pp.234-235, nota 286.

<sup>26</sup> “*La democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región*” (Preámbulo, tercer párrafo, Carta OEA, 1948).

restablecimiento de la democracia en el Estado miembro afectado. En esta líneas, el Comité Jurídico Interamericano, órgano consultivo de la OEA, a través de resoluciones e informes, ha dictaminado que las normas prodemocráticas conforman “*un orden público regional interpartes*”<sup>27</sup>. Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>28</sup> a través de su jurisprudencia menciona reiteradamente —en opiniones consultivas y sentencias— que la democracia es un concepto estrechamente relacionado con los derechos humanos y haciendo mención de la necesidad de una *sociedad democrática* para una adecuada vigencia de los derechos humanos. Por su parte, debe destacarse que la vigencia de un régimen democrático constitucional a través de las denominadas “*clausulas democráticas*” se ha adoptado como requisito para que un Estado pertenezca a una serie de organizaciones subregionales como MERCOSUR, UNASUR, la Comunidad Andina y CELAC.

En suma, la democracia representativa como valor esencial de la comunidad interamericana se encuentra enmarcada en principios, costumbres, tratados y constituye un orden público internacional vigente para todos los Estados miembros de la OEA y para la propia Organización, dentro un espíritu de la solidaridad democrática.

### **La realidad democrática en América Latina**

Como se ha reseñado, la democracia representativa aparece bien consolidada en Latinoamérica en el plano jurídico. Sin embargo ¿Cuál es la situación actual? ¿Cuál es el balance? ¿Cómo se condice el plano formal democrático con la existencia de gobiernos de corte autoritario inamovibles del poder? La situación fáctica es que siendo la democracia electoral la regla, se han notado dos fenómenos que han dado materia para pensar y escribir en los últimos años por su permanencia y propagación: por un lado, está la corriente izquierdista (también conocida como “*pink wave*”) representada por gobiernos autoritario-populistas y, por otro,

---

<sup>27</sup> Comité Jurídico Interamericano -<http://www.oas.org/es/sla/cji/>

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos - <http://www.corteidh.or.cr/>

el cumplimiento relativo de los valores democráticos que lleva más de un cuarto de siglo. En algunos países, se observa un progreso en la consolidación institucional y un avance en la esfera ciudadana tanto en la participación política como en la validación pública de sus derechos y deberes. Sin embargo la alternancia en el poder, la calidad del pluralismo representativo y la independencia de los poderes del Estado, así como el respeto a las libertades esenciales, distan mucho de ser uniformes en todos los países y varias amenazas se ciernen sobre su evolución futura<sup>29</sup>. Es paradójico, no obstante, que la percepción y satisfacción de la población respecto a sus democracias es alta (un 76% de la población considera que la democracia es el mejor sistema de gobierno) y las garantías de los derechos civiles básicos es relativamente respetada, aunque se mantiene el descontento por la distribución de la riqueza -la pobreza y la desigualdad—y la falta de una adecuada protección frente a las actividades delictivas (Latinobarómetro, 2011)<sup>30</sup>.

Otro factor a destacar, es que la ciudadanía apoya la democracia considerando también la situación económica. El crecimiento del país trae aparejada la aprobación y apoyo hacia la democracia como sistema de gobierno, notándose en varios momentos una directa proporcionalidad entre la economía y la democracia que no deja de llamar la atención<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Rouquié, Alain. “América Latina 2010: geopolítica y ambiciones internacionales”, En: Wollrad, Maihold & Mols. *La agenda internacional de América Latina: Entre nuevas y viejas alianzas*. Buenos Aires: Nueva Sociedad, 2011. Rouquié dice al respecto “*Y es que nunca en su historia América Latina había tenido tantos gobiernos democráticos y durante tanto tiempo. [...] Este cuarto de siglo de democracia refleja, a la vez, la consolidación institucional y los progresos de la ciudadanía, aun cuando la calidad del pluralismo representativo dista mucho de ser uniforme y varias amenazas se ciernen sobre su evolución futura.*” pp. 112.

<sup>30</sup> Latinobarómetro, 2011. *Informe Latinobarómetro*. <http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>.

<sup>31</sup> Esto puede ser delicado en otras circunstancias pues el crecimiento económico puede darse perfectamente bajo gobiernos que no sean democráticos, y si la economía se toma como un factor de relevancia a la hora de apoyar un gobierno, entonces es posible que un gobierno totalitario tenga apoyo ciudadano al enfatizar el crecimiento económico.

Los países latinoamericanos en la actualidad tienen gobiernos de izquierda antiimperialista declarada<sup>32</sup>; otros de izquierda moderada, o centro-izquierda<sup>33</sup>; y de derecha o centro-derecha<sup>34</sup>. Todos ellos tienen gobernantes elegidos en las urnas según las normas constitucionales. De acuerdo con esto, se podría esperar razonablemente, una actitud más o menos pareja en lo que se refiere a los parámetros democráticos básicos: respeto a las normas constitucionales bajo las que se fue elegido; libertad de prensa, libertad de expresión, respeto a los derechos políticos de las fuerzas de oposición ya las minorías; y, en lo que a política exterior se refiere, una actitud amistosa con los demás países, incluyendo a la potencia hemisférica, Estados Unidos. Para graficar distintos matices de los gobiernos izquierdistas, están los casos de Brasil y Venezuela, que, a pesar de que los liga una cierta afinidad ideológica, son emblemáticos para analizar las diferencias desde el punto de vista del cumplimiento democrático. Por un lado, Brasil se ha presenta a sí mismo como un país que esta alcanzado rápidamente el desarrollo en distintos ámbitos (governabilidad democrática, desarrollo económico, equidad, seguridad ciudadana) y que destaca en particular por su respeto a la Constitución. Asimismo avanza a pasos agigantados hacia un liderazgo mundial que implica más y mejores relaciones con Latinoamérica, Estados Unidos y el resto de las naciones. Por otro lado está la Venezuela del “*chavismo*” que ha modificado las normas constitucionales para aferrarse al poder y llevar adelante la “*revolución bolivariana*” que, contando con los ingentes recursos del petróleo, utiliza bonos y medidas cortoplacistas para congraciarse con los electores más pobres sin invertir en el desarrollo sostenible. Así mismo el gobierno propicia la mediatización y control de los medios de comunicación (TV, radio, diarios) y acapara al máximo dichos medios tradicionales y utiliza al máximo los medios digitales<sup>35</sup> para fanatizar más aún a sus

---

<sup>32</sup> Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela que forman parte del ALBA. Cuba, está en una categoría separada por no tener elecciones democráticas multipartidarias auténticas ni libres.

<sup>33</sup> Argentina, Uruguay, Brasil, Rep. Dominicana, El Salvador, y Perú.

<sup>34</sup> Chile, Costa Rica, Honduras, México, Panamá, Guatemala, Colombia y Paraguay

<sup>35</sup> El ex presidente Hugo Chávez de Venezuela fue el primer político latinoamericano en tener su cuenta de Twiter y el y su entorno de poder utilizaban masivamente los medios virtuales para transmitir propaganda para su gobierno.



adeptos con una agresiva retórica antinorteamericana y a favor de un “*socialismo del siglo XXI*” antinómico del liberalismo-capitalista, que, no obstante, no ha podido alterar el hecho de que Estados Unidos sea el principal comprador de petróleo de ese país<sup>36</sup>.

Según lo antes señalado preocupa la distancia existente entre la realidad política de países que en la práctica alteran el “juego democrático” reformando periódicamente la Constitución con normas a la medida del líder de turno para lograr, por ejemplo, una reelección indefinida. Asimismo, el balance e independencia de poderes está debilitado o es inexistente; incluso el poder judicial, está sometido y controlado por el Poder Ejecutivo. Se suceden los procesos políticos en los que se cumple con convocar a elecciones, presentar candidatos, llevar adelante las campañas electorales y las propias elecciones, pero, por ejemplo, negando la presencia de observadores internacionales neutrales, hostigando a los opositores y no respetando a cabalidad la libertad de expresión e información de los ciudadanos. Vale decir, se trata de democracias que quedan circunscritas básicamente al plano electoral. Todo ello tiene consecuencias en la calidad de la gobernabilidad democrática, encontrando los políticos de turno adhesión en poblaciones muy desfavorecidas que reciben determinadas dadas en el presente, pero para los que no se construye una institucionalidad duradera ni una economía que pueda proyectar crecimiento y una real disminución de la pobreza e incremento de la calidad de vida para todo un pueblo.

A la par de las democracias “de baja intensidad”, existen otros países en los que se da un mayor afianzamiento de la institucionalidad democrática que promueve el crecimiento del país, con respeto a la libertad de información y expresión, y expectativas de una mejor calidad de vida y menores desigualdades para las generaciones presentes y futuras. Estos son, por ejemplo, los casos de Brasil, Chile, Colombia y Perú, que aunque tienen gobiernos de diferente orientación política, coinciden en los valores democráticos y muestran un progreso y estabilidad económica prometedores.

---

<sup>36</sup> Contreras, Barbará, Latorre, José & Ramacciotti, Beatriz. *La política exterior de Estados Unidos hacia América Latina en el siglo XXI (Ensayo para Diploma Post-título)*, Instituto de Estudios Internacionales, Santiago, Chile, Noviembre del 2012.

En lo que respecta a los medios digitales que han irrumpido en nuestras sociedades, algunos observadores del mundo político evalúan positivamente el efecto que alcanzaría una “democracia cibernética” para el lograr un desarrollo sostenible y una mayor democratización en todos los países. Otros, en cambio, resaltan los aspectos más negativos de la influencia que se podría ejercer masivamente para legitimar los nuevos autoritarismos a través de las redes virtuales y su utilización con el propósito de imponer determinadas tendencias políticas antidemocráticas. A continuación se analizarán algunos elementos en función de este prisma crítico.

#### **4. Las “Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” (TICs) y su impacto en el escenario político latinoamericano**

Es un hecho innegable que las denominadas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -más conocidas como TICs- han transformado profundamente a la sociedad, creando oportunidades y beneficios pero también riesgos<sup>37</sup>. Desde la década de los noventa, con las múltiples aplicaciones a través de Internet incluyendo los “*e-mails*” —*Gmail, Hotmail, AOL, MSN; Yahoo; etc*)- “*chats*” y “*blogs*”; redes sociales —*Facebook; Twitter; Myspace, etc*; buscadores de información y navegadores —*Google Chrome, Firefox, Internet Explorer, Safari*—; Y otros sitios web como *YouTube; Wikis; Wordpress; Skype; Viber, Tango; Netflix, etc.*; así como el teléfono móvil, y demás adelantos que brinda el sofisticado y siempre renovado *software*, nos muestran, en la práctica y a cada instante, que la globalización y la interdependencia existen.

Con las *TICs*, muchos aspectos de la vida se han transformado. No sólo ha cambiado la modalidad de las transacciones económicas y los negocios sino que los patrones mismos de interrelación y comunicación se concretan en nuestros días mayoritariamente con apoyo cibernético.

---

<sup>37</sup> Davis, R. *The Web of Politics*, Oxford: Oxford University Press, 1999; UNESCO. *Hacia las Sociedades del Conocimiento*, Informe Mundial 2005. <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001419/141908s.pdf>; Margolis, M. & Resnick, D. *Political as Usual: The Ciberspace Revolution*, Thousand Oaks: Sage, 2000.

Por cierto, gran parte de la infraestructura, las industrias, los medios de transporte, la ciencia y la tecnología, entre otras actividades, son desarrolladas y están sustentadas con soporte de redes cibernéticas. En el plano individual, a través de Internet se envía correos electrónicos; se compra y vende toda clase de productos y servicios; se efectúa el pago de cuentas, deudas, impuestos, transacciones bancarias y comerciales; las agencias de turismo son virtuales (reserva y compra de pasajes, hoteles, alquiler de autos, tours); la educación universitaria está volviéndose digital con cursos a distancia e incluso el otorgamiento de títulos; las revistas y diarios se han digitalizado; la gestión pública en casi todos los países está avanzando en la línea virtual (*e-government*) para aminorar la burocracia y brindar un servicio más rápido y eficaz a la ciudadanía; por Internet también se puede conversar y ver a terceros a distancia casi sin costos; el entretenimiento —música, películas, juegos, revistas, libros, videos— pueden ser obtenidos en forma gratuita por la vía virtual; y, cada día está más extendida, la modalidad de trabajo a distancia (en la casa) aplicable a un número cada vez más creciente de actividades.

Con el mundo digital estamos pasando de lo local a lo universal, rebasando las relaciones interpersonales -uno a uno- por intercambios masivos-uno/varios/múltiples interlocutores-instantáneamente. Toda persona con un equipo y una conexión de Internet está habilitada para acceder a la misma información, guardarla y también, si desea, modificarla y transmitirla, a su vez, a innumerables usuarios. En esta forma, las distancias, el tiempo y los referentes culturales se relativizan. Incluso el Estado, si bien sigue cumpliendo un papel significativo, está siendo trascendido en su connotación clásica por modalidades de interrelación digital tendientes a una gobernanza global. La actual configuración ha sido tipificada como “el mundo plano”, en el sentido que las estructuras económicas, comerciales y políticas han dejado de ser rígidas y verticales para volverse flexibles y horizontales; vale decir, el orbe se ha “aplanado” con permanentes e incontables intercambios —de toda clase de asuntos privados y públicos— a través los medios virtuales en forma nunca antes conocida<sup>38</sup>. En realidad, estamos avanzando hacia “sociedades del conocimiento”, que en el caso de las Américas, están siendo promovidas a través de la OEA según se acordara en la Declaración de Santo Domingo (2006), que establece:

---

<sup>38</sup> Op.cit. Friedman, Thomas L. *The world is flat* (...), 2005.

*“...el desarrollo y el acceso universal y equitativo a la Sociedad del Conocimiento constituye un desafío y una oportunidad que ayuda a alcanzar las metas sociales, económicas y políticas de los países de las Américas”<sup>39</sup>.*

### **Los procesos democráticos y las TIC ( e-democracia)**

El nuevo escenario antes descrito nos lleva a un proceso reflexivo sobre el impacto de la realidad digital en el mundo político, vale decir, respecto de la democracia representativa que, sin duda, debe adaptarse -conservando los valores y principios básicos en los que se funda- a los nuevos medios de interacción que llevan a la obsolescencia de referentes simbólicos que hasta hace poco eran válidos para la acción política. Y, por tanto, los líderes y los gobiernos tienen un gran reto por delante para insertarse en la era digital y estar a la altura de las expectativas y los nuevos requerimientos de la ciudadanía. En esa línea los Jefes de Estado y de Gobierno en la Tercera Cumbre de las Américas, en la ciudad de Quebec, Canadá, en 2001, se comprometieron a seguir avanzando y ampliando la conectividad cibernética en las Américas<sup>40</sup>.

Con una mirada desde Latinoamérica, a continuación se reseñará como los medios digitales han venido impactando en el desarrollo de algunos componentes fundamentales de los procesos democráticos.

### **Libertad de información, de expresión y opinión pública**

Se reconoce como elementos centrales a la democracia el acceso libre a la información, la libertad de expresión y la opinión pública libre.

---

<sup>39</sup> OEA, *Declaración de Santo Domingo* (2006)- [http://www.oas.org/es/temas/sociedad\\_conocimiento.asp](http://www.oas.org/es/temas/sociedad_conocimiento.asp).

<sup>40</sup> OEA; Cumbres de las Américas- [http://www.summit-americas.org/iii\\_summit\\_sp.html](http://www.summit-americas.org/iii_summit_sp.html)

En contraste, en una dictadura y en democracias incipientes dichas libertades son afectadas, pasando a estar disminuidas, desacreditadas y ejerciéndose influencias autoritarias e ideologizadas con los medios controlados por el gobierno de turno a través de diversos mecanismos<sup>41</sup>. Como los gobernantes dependen en gran medida del manejo de la opinión pública para conocer cómo percibe, piensa y lo que más necesita la ciudadanía, se utilizan intensivamente los medios -tradicionales y digitales- para difundir la ideología y medidas políticas que se van adoptando. Asimismo se llevan adelante periódicamente encuestas y sondeos que son usados por los actores políticos para “tomar el pulso” a la opinión pública y saber cada día si tienen una mayor o menor sintonía, asunto esencial para mantenerse en el poder.

En esta área, entre las ventajas que traen los medios digitales está el hecho que cualquier persona conectada a una red inalámbrica puede informarse de los acontecimientos políticos, advertir otras opiniones y dar la suya propia de manera instantánea; todo ello provoca un verdadero cambio en la política. El sujeto no solo es “receptor” de las noticias -como sucede con los diarios, la radio y la televisión- sino que, a la vez, recibe y puede enviar su punto de vista o simplemente hacer de conocimiento un dato a un sinnúmero de interlocutores. Todos los usuarios de la red son potenciales receptores y emisores de noticias, en este caso de análisis, informaciones, opciones y noticias políticas. Y, además, se puede mantener un flujo constante de ideas, mensajes, preferencias y críticas. En ese sentido, los medios digitales como espacios de discusión de ideas y propuestas, abren la posibilidad de una interrelación continua entre gobernantes y gobernados y el debate sobre asuntos de interés ciudadano en el complejo escenario de pluralidad de actores que representan a partidos políticos, asociaciones, fundaciones, ONGs, militares, iglesias, sindicatos, universidades, periodistas así como sujetos emergentes de nuevas agrupaciones y movimientos populares en torno a determinadas causas<sup>42</sup>. Por

---

<sup>41</sup> Castells, Manuel. *Networks of Outrage and Hope. Social Movements in the Internet Age*, Cambridge: Polity Press, 2012; Strikovsky, Sandra. “La democracia en la era digital”, *Razón y Palabra*, No. 17, México D.F., 2000.

<sup>42</sup> Existe una multiplicidad de entidades y organizaciones independientes que tienen como objetivo contribuir a fortalecer una sociedad democrática canalizando

otra parte, los distintos sujetos, especialmente los que detentan el poder, tratan de influir, controlar y convencer a todos los demás de las ventajas y conveniencia de sus propuestas. A través de los mensajes del *Twitter*, *Facebook*, de la “*blogosfera*” y otras redes virtuales, los líderes tratan de legitimarse en términos de una opinión pública favorable a su gestión y mantener su popularidad a través del apoyo ciudadano<sup>43</sup>.

Puede apreciarse que, en gran medida, los medios digitales favorecen la democratización por el hecho fundamental de brindar la posibilidad de informarse, expresarse libremente y favorecer el diálogo y el debate público. Sin embargo está planteado el riesgo en países con gobiernos autoritarios que intentan manipular a la opinión pública a través de un uso masivo del *Twitter*, *Facebook* y otros medios virtuales.

En buena cuenta, el mundo digital plantea un cambio sin precedentes por la ventaja que representa la interactividad horizontal de todo tipo de mensajes, entre toda clase de personas, enviadas desde cualquier punto geográfico, casi sin costo, sin controles (en las sociedades democráticas) y que, incluso, permite guardar el anonimato. Todo ello brinda posibilidades ilimitadas a los ciudadanos. En esa medida, las redes sociales se han convertido rápidamente en medios de promoción de una opinión pública abierta y democrática e, incluso, en instrumentos de presión en favor de determinadas causas y reclamos a nivel interno e internacional. Efectivamente, las redes digitales, permiten el intercambio, el diálogo y la formación de consensos en torno a determinadas cuestiones esenciales para mantener un mínimo de estabilidad democrática y paz social, a diferencia del caso de las dictaduras o autocracias, en que la legitimación se hace a través de la imposición y la coacción, el miedo o la persecución para lograr la aceptación de determinadas tendencias y presupuestos políticos y la hegemonía en el poder de un estrecho círculo<sup>44</sup>.

---

incoativas ciudadanas, y foros para debatir y lograr de decisiones políticas para lograr determinados objetivos. (<http://www.publicagenda.org>)

<sup>43</sup> Sampedro, Víctor. *Opinión Pública y democracia deliberativa: Medios, sondeos y urnas*, Madrid: Ediciones Itsmo S.A., 2000; Sunstein, C.R. *Internet, Democracia y Libertad*, Barcelona: Paidós, 2001.

<sup>44</sup> Almirón, Nuria. “Hacer política en Internet”, *Razón y Palabra*, México D.F., 2001.

## Partidos políticos (e-partidos políticos)

Los partidos políticos son consustanciales a la democracia representativa en tanto agrupaciones de personas que persiguen alcanzar el poder a través de una elección basada en el voto popular con la finalidad de realizar determinados objetivos en favor del bien común de una comunidad nacional, regional o local. En una sociedad democrática, los partidos están en el centro del sistema político para actuar como mediadores entre la sociedad civil y el Estado cumpliendo la función de sumar los intereses de determinados grupos sociales y convertirlos en programas y políticas coherentes. En este sentido, resulta esencial el fortalecimiento de los partidos como canales de intermediación y representación política de los ciudadanos<sup>45</sup>.

La existencia de los partidos políticos implica la libertad de elección por parte de los ciudadanos entre distintas ideologías, principios, valores. La presencia de múltiples opciones políticas y líderes en una contienda electoral es un requisito básico para llegar al gobierno en una sociedad democrática. Por su parte, un objetivo esencial es que el elector pueda adoptar la adhesión a determinado programa político en forma libre y consciente. En ese sentido, los medios digitales ofrecen a los partidos y movimientos políticos un instrumento fundamental para dar a conocer su ideología, promover sus propuestas de gobierno y conseguir la participación de afiliados, seguidores y simpatizantes utilizando un *sitio web* (*Website*) y adecuando los contenidos de acuerdo a una compleja estrategia en línea (*online*), según las diferentes audiencias a las cuales se dirigen. De este modo se produce la información sobre un partido en forma autónoma, llegando directamente a los usuarios, sin intermediación de los medios tradicionales (prensa, radio y TV), que se siguen utilizando para coadyuvar a difundir el mensaje político en una modalidad unidireccional, de “arriba hacia abajo” (*top-down*)<sup>46</sup>; en cambio, a través

---

<sup>45</sup> OEA, Foro Internacional. “*La Dimensión Política de la Gobernabilidad Democrática*”, 12 de enero de 2007, Santiago de Chile

<sup>46</sup> Sampedro Blanco, Víctor y Resina de la Fuente, Jorge. “Opinión pública y democracia deliberativa Una actualización en el contexto digital de la sociedad red”, *Revista de Historia Contemporánea*, 2010 (4), Madrid, Ediciones de Historia S.A.

de las redes sociales y los blogs se establece un flujo comunicativo más horizontal y personalizado — “uno a uno-varios-todos”—que permite que las personas reciban la información y dejen sus comentarios, críticas, aportes e incluso, que se propicie un debate y comunicación permanente entre los dirigentes de la agrupación política y los ciudadanos<sup>47</sup>. En ese sentido, los medios digitales aportan una suerte de foro cívico pluralista que da mayor visibilidad a las distintas agrupaciones políticas, tanto gubernamentales como de la oposición. Así, se promueven estándares más igualitarios, más competitivos y los ciudadanos pueden conocer y comparar con facilidad las distintas alternativas existentes. Por otro lado, un *sitio Web* también es una canal para facilitar mayores oportunidades de interacción entre los distintos actores (posibles electores, líderes, simpatizantes, críticos, etc.), en forma prácticamente gratuita, sin la barrera de tiempo y lugar (hora y distancia geográfica) y en formas más creativas (*chats, blogs, Skype*, entre otros). No obstante las distintas las opiniones — más o menos entusiastas— respecto de las ventajas de la presencia *online* de los partidos, el balance es que los resultados son en gran medida positivos para la democratización del mundo político.

### **Campañas electorales, candidatos, financiamiento (e-proselitismo)**

En democracia, una campaña electoral es parte esencial del “juego” político. Algunos elementos centrales para llevar adelante esta contienda son: el propio partido o movimiento político que sustenta la campaña; el carisma del líder; y, por cierto, la estrategia de comunicación para hacer llegar determinadas propuestas a la ciudadanía y ganar el acceso al poder por vía del voto popular.<sup>48</sup> En esta línea, las TICs resultan medios que favorecen la comunicación con las audiencias permitiendo que las inicia-

---

<sup>47</sup> Norris, Pippa. *Digital Divide, civil engagement & the Internet world wide*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001;

<sup>48</sup> Norris, Pippa. “Preaching to the converted? Pluralism, Participation and Party Websites”, *Party Politics*, #9, 21-45, 2003.



tivas y los mensajes lleguen en forma inmediata, directa y propositiva. Los candidatos utilizan el poder masivo de Internet a través de su *sitio Web*, en el que presentan sus ideas y programa de gobierno, valiéndose también de las redes sociales y *blogs* para movilizar a sus simpatizantes, atraer nuevos adeptos y recibir iniciativas para enriquecer y dinamizar la campaña. Además es sintomático que casi ya no existe un político o líder importante, ni candidato que desee tener proyección y contacto con los votantes, sin página *Web*, “*Twiter*” y contacto con la redes virtuales. Por otra parte, a través de Internet existe la posibilidad de neutralizar rápidamente los ataques y críticas negativas de candidatos opositores y del entorno nacional e internacional. Asimismo es posible promover determinadas causas que añadan un “valor agregado” a la campaña (ciudad limpia, cambio climático, seguridad ciudadana, empleo justo para todos, igualdad de género, etc.) que son dominio de grupos de activistas que ya tienen captada la adhesión de muchos a nivel local y trasnacional.

Adicionalmente, como las campañas políticas tienen un alto costo, no puede dejar de mencionarse el tema del financiamiento. Se ha comprobado que a través de las diferentes *Web* y mecanismos de comunicación cibernéticos se puede facilitar la tarea de conseguir fondos para mantener a los partidos políticos, desplegar la propaganda y los mensajes. Asimismo, se obtiene dinero para transmitir en los medios convencionales (televisión, posters, diarios, radio) que resultan muy onerosos aunque se utilicen en breves *spots* propagandísticos. Las sumas recolectadas por medio de Internet han sido realmente sorprendentes, como en el caso de las campañas presidenciales en Estados Unidos. Y la gran ventaja es que esas donaciones no significan solamente un aporte monetario para determinados objetivos políticos, sino que igualmente implican un apoyo personal y comprometido de miles de seguidores<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> King C., David. “The New Political Machine”, *JFK Bulletin*, Spring 2000. Como King predecía, el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales se dinamizaría a través de los medios digitales. En el caso de las campañas de Obama (2008 y 2012) se consiguió a través de Internet millones de dólares y el entusiasmo e impulso de miles de simpatizantes.

## Participación ciudadana y movilizaciones populares (e-participación)

Un punto de coincidencia entre las opiniones de especialistas sobre el impacto de las TICs en los procesos democráticos es el tema del “*empoderamiento*” de la ciudadanía. Qué duda cabe que con las redes sociales, el libre acceso a la información y la posibilidad de comunicar las ideas a una multitud de usuarios —sin discriminación, costo ni fronteras— han hecho posible que, de alguna manera, se consiga una participación más dinámica de la población respecto de la agenda política y los temas de interés colectivo. Los ciudadanos pueden ser convocados en forma masiva a un diálogo, debate, marchas y a reunirse con otros adherentes para alcanzar determinados objetivos comunes e impulsar la política en una determinada dirección con la ventaja que las redes brindan la oportunidad de una comunicación sin intermediarios, más horizontal y franca, las veinticuatro horas del día, entre la clase política y los ciudadanos o entre éstos.

En años recientes, en distintos Estados, se han visto movilizaciones populares pidiendo una mayor democratización —Túnez, Egipto, Libia, Yemen y otras naciones árabes (2011-2012)<sup>50</sup>; los “indignados” de España (2011-2012); las protestas estudiantiles en países sudamericanos (Chile,<sup>51</sup> Colombia, entre otros, en 2011); ocupaciones anti-sistema financiero internacional (*Occupy Wall Street* en Nueva York y similares en Londres, 2011). Todos estos son fenómenos de participación ciudadana comparten un elemento en común: la posibilidad de convocar a miles y miles; coordinar actividades y reunirse en torno a una causa a través de las *networks digitales* —tanto Internet como teléfonos celulares— en forma autónoma, masiva, sin costos y en forma casi inmediata<sup>52</sup>. Parte del éxito de estos movimientos es el espacio que ganan rápidamente dando a

---

<sup>50</sup> Bassets, Lluís. “Balance de la Revolución”, *El País*, 26 de diciembre, 2012.

<sup>51</sup> Ramacciotti, Beatriz M. “Chile y sus indignados estudiantes: ¿Colapsa el modelo democrático?”, *Boletín Panorama Mundial*, IDEI, Universidad Católica del Perú, Año 3 No 16, 2011.

<sup>52</sup> Op. Cit. Castells, Manuel. *Networks of Outrage and Hope. Social Movements in the Internet Age*, 2012.

conocer sus objetivos y reclamos a un sinfín de simpatizantes y al mundo entero trascendiendo su ámbito de origen.

Otra área que también moviliza a miles en torno a ciertas ideas y preferencias son los grupos de presión o “*lobbies*” —que se efectúan tanto por agentes estatales como privados— para los cuales los medios digitales resultan una vía muy ventajosa. La red sirve de vehículo para tantear la percepción de terceros, para promover y conseguir sus objetivos, incluso armando círculos de colaboradores de naturaleza heterogénea en distintas localidades y a nivel internacional estableciendo un contacto directo y permanente que sería oneroso y tomaría mucho tiempo, sin los medios digitales. Por lo que toca a la ciudadanía, el uso de las redes sociales significa mayores libertades pero también implica responsabilidad en la información que se propaga, en la reserva de los datos personales de terceros y en el respeto a la privacidad. Si bien es cierto que es necesario regular este nuevo sistema de relación social, deben también guardarse los equilibrios entre libertad y responsabilidad, respetando siempre los derechos fundamentales.

En otro plano, la posibilidad de verdaderas movilizaciones populares en tiempo record trae sus riesgos, consecuencias y efectos colaterales como la exacerbación de protestas violentas y disidentes antidemocráticos que pueden radicalizarse generando nuevos conflictos e incluso el caos en algunas sociedades. Las diferencias sociales, la desigualdad, las injusticias y situaciones arbitrarias —con la “chispa” que podría extenderse rápidamente por los medios digitales— podrían convertirse en un “fuego” que traiga muchas víctimas y pocas soluciones. Frente a esta eventualidad, la defensa y solidez de las instituciones democráticas deben brindar mecanismos de mediación para solucionar los conflictos emergentes y que no devenga en una radicalización que polarice aun más a los miembros de una comunidad. Es probable que en colectividades muy divididas las ventajas digitales no tengan tener el mismo efecto positivo que en sociedades más democráticas. En todo caso, es la ley es la que tendrá que establecer los límites, los derechos y responsabilidades en estas nuevas materias, creando medios para que la participación ciudadana y las movilizaciones populares logren condiciones para una convivencia más democrática y solidaria y no lo inverso.

En resumen, las TICs han abierto vías importantes para ampliar los derechos democráticos en lo que respecta a una participación ciudadana mas horizontal y libre, con distintas dinámicas de grupo, alternativas de

foros cívicos, agrupaciones “*pro*” o “*anti*” que defienden intereses distintos u opuestos frente a determinadas temáticas o causas, trascendiendo el espacio local para generar un fenómeno transnacional, escenario que algunos autores han denominado “*la sociedad red*” o “*sociedad civil transnacional*”<sup>53</sup>.

### **Procesos electorales y votación electrónica (e-voto)**

Otro aspecto clave en las sociedades democráticas es la organización de los procesos electorales mediante el voto popular (elecciones presidenciales, legislativas, locales, referéndums, plebiscitos y otras consultas) con un sistema integral electoral de calidad que garantice elecciones libres, limpias y plurales. En algunos países ya se ha establecido el voto electrónico (*e-vote*) y el conteo cibernético<sup>54</sup>. Las ventajas del *e-voto* son, entre otras, la facilidad para que se pueda emitir el sufragio desde el propio domicilio o en cualquier lugar que uno se encuentre; eliminar los inconvenientes de la distancia, el clima y las demoras; la reducción de costos; y una mayor facilidad para obtener los resultados finales<sup>55</sup>. La organización e implementación de un sistema electrónico de votación seguro y eficaz es un mecanismo que nos llevaría a una democracia representativa más “plebiscitaria” en el sentido de tener ciudadanos mucho más informados y listos para ser consultados con mayor facilidad y frecuencia para decidir asuntos públicos. Sin embargo existen también riesgos en esta modalidad del voto *on-line*, por ejemplo, la verdadera identidad del votante; el derecho a la privacidad (el voto debe ser secreto); el acceso generalizado a la población en su conjunto; y la seguridad dado que el sistema de votación electrónico debe estar a prueba de manipulaciones, sabotaje, suplantación, entre otros.

---

<sup>53</sup> Resina de la Fuente, Jorge. “Ciberpolítica, redes sociales y nuevas movilizaciones”, en: *Mediaciones Sociales*, #7, II Semestre, 2010, Universidad Complutense de Madrid.

<sup>54</sup> Hay países como Estados Unidos, Suiza y Canadá que han adoptado el voto cibernético.

<sup>55</sup> Hassen L., Richard. “Internet voting and Democracy”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, April, 1-2001.

## Gobierno Electrónico (e-gobierno)

Para modernizar los gobiernos democráticos, a partir de los años noventa, se introducen iniciativas en algunas comunidades y naciones implementando proyectos como los relativos a “*smart cities*”<sup>56</sup>, “*e-gobierno*”<sup>57</sup>, “*país digital*”<sup>58</sup>, utilizando las ventajas de las TICs para promover un acceso digital universal para todos los habitantes apuntando a construir sociedades del conocimiento más igualitarias, con mayor bienestar, solidarias y democráticas a través de una utilización inteligente y sistemática de las tecnologías de punta y las amplias ventajas y avances en todos los ámbitos que estas ofrecen<sup>59</sup>.

Dentro del marco jurídico interamericano se viene promoviendo el *e-gobierno* desde hace algunos años, como lo refleja la Declaración de Santo Domingo(2006) sobre “*Gobernabilidad y Desarrollo en la Sociedad del Conocimiento*”<sup>60</sup> que pone de relieve la importancia del desarrollo de las iniciativas digitales para recibir beneficios en el campo del desarrollo sostenible, la educación, la salud, los servicios públicos y la producción, acelerando el avance del *e-gobierno* y la construcción de una sociedad del conocimiento democrática.

---

<sup>56</sup> Zubieta, Roberto & Woodley, Tedy. *Manual para el desarrollo de ciudades digitales en Iberoamérica*, AHCINET, 2006. / Una definición de “ciudad digital” o “ciudad inteligente” (*smart city*) la tipifica como aquella ciudad que usa las tecnologías de la información y las comunicaciones para hacer que tanto su infraestructura crítica, como sus componentes y servicios públicos ofrecidos sean más interactivos, eficientes y los ciudadanos puedan ser más conscientes de ellos. Es una ciudad comprometida con su entorno, tanto desde el punto de vista medioambiental como en lo relativo a los elementos culturales e históricos. <http://zensociedaddigital.blogspot.com/>

<sup>57</sup> Torres, L., Pina, V. & Royo, S. *E-government and the transformation of public administrations in EU countries: Beyond NPM or just a second wave of reforms?* Documento de Trabajo, Universidad de Zaragoza, 2005.

<sup>58</sup> País digital (e-country) es aquel que utilizando los recursos que brindan la infraestructura de telecomunicaciones y de informática existentes, entre ellas la red Internet, brinda a sus habitantes un conjunto de *servicios inteligentes* que mejoren el nivel de desarrollo humano, económico y cultural de esa comunidad, tanto a nivel individual como colectivo.

<sup>59</sup> Ver “País Digital”- <http://www.paisdigital.org>

<sup>60</sup> OEA Declaración de Santo Domingo (2006) que trata sobre “Gobernabilidad y desarrollo en la Sociedad del Conocimiento”.

El denominado *gobierno electrónico (e-government)*, implica la utilización de las TICs para efectuar una mejora sustantiva en la gestión pública y en los servicios locales o nacionales brindando facilidades a los ciudadanos para efectuar todo tipo de trámites administrativos; una amplia información sobre los proyectos que están en “cartera”; y, habilitar espacios para una permanente interacción entre la población y el gobierno sobre las políticas públicas. En este sentido, el impacto de las tecnologías digitales se proyecta en las formas de trabajar, de informarse, de comunicarse, buscando una administración gubernamental más eficiente, más transparente y con posibilidades de que los usuarios ejerzan un control -más bien indirecto-respecto de los diferentes asuntos públicos y un espacio para participar en el proceso de toma de decisiones. Todo ello implica una reformulación de la acción gubernamental y de las relaciones entre el sector público, el sector privado y los ciudadanos, modernizando y aligerando el aparato burocrático para que las personas tengan un fácil acceso, atención eficiente y permanente (las veinticuatro horas); y, por cierto, con ahorro de tiempo y recursos para el país y para la población<sup>61</sup>. En este marco, el *e-gobierno* representaría una suerte de nuevo “contrato social” en relación a los derechos y obligaciones de gobernantes y gobernados, vale decir, que, con la ayuda del mundo digital, se haga posible la promesa de una gobernabilidad democrática con las características que tanto reclama la ciudadanía: eficiente, transparente, igualitaria, dinámica, participativa y solidaria. Por cierto para implementar y llevar adelante las iniciativas del *e-gobierno* también existen riesgos y preocupaciones relativas a la seguridad, confidencialidad para los usuarios, permanencia de los proyectos, capacidad de gestión, y compromiso político tanto de los gobernantes como de los ciudadanos para continuarlos y mejorarlos en el tiempo.

---

<sup>61</sup> Op. Cit. Zubieta, Roberto & Woodley, Tedy, apuntan entre ventajas de una ciudad digital, o en nuestro caso, un gobierno digital, las siguientes: Mejora en la calidad y transferencia de la información; reducción del tiempo de procesamiento de la información; reducción de costos; mejoras en el nivel de servicios brindados al ciudadano y dentro de éstos al contribuyente; aumento de la eficiencia y de la eficacia de la acción de gobierno; incremento de la transparencia de la gestión gubernamental; mayor satisfacción ciudadana.

## Otros aspectos vinculados a las TICs en una sociedad democrática

A continuación se reseñarán otros aspectos que deben tenerse en cuenta con relación a los medios digitales en una sociedad democrática.

### *Acceso universal a Internet, facilidad de manejo y bajos costos*

Para que el mundo digital sea un vehículo democratizador se requiere la universalización de los medios cibernéticos por medio de diversas medidas: simplificación de los equipos y del *software*, acceso generalizado a la *web* y un abaratamiento de los costos relacionados; todo ello generará sin duda una mayor apertura, libertad, igualdad y no discriminación; una más amplia transparencia de los gobiernos y el impulso de una participación ciudadana más comprometida con los objetivos de bien común<sup>62</sup>. Pero para lograr la potencialidad democratizadora de las redes digitales no basta las facilidades antes enumeradas, sino que será necesaria una capacitación masiva para la utilización de los medios digitales -en las entidades educativas a todo nivel; habilitación de centros cibernéticos públicos; e incluso, modificación del “modus vivendi” de muchos— para reducir la brecha digital que ya existe no sólo al interior de los países sino también entre países. Cabe poner de relieve que el progreso en este ámbito necesita la iniciativa y el financiamiento público pero también, simultáneamente, el apoyo de la empresa privada y sus innovaciones en la producción de *software*, *hardware*, redes sociales y buscadores de información.

## Los riesgos de las TICs

Así como las tecnologías digitales están generando inmensos beneficios a las sociedades democráticas, también se presenta el lado oscuro de

---

<sup>62</sup> Nye, Joseph S. “Information technology and democratic governance”, en: Kamarck, Elaine C. & Nye Joseph S. (eds.). *Governance.com*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2002.

este extraordinario avance científico. Baste mencionar palabras tales como “*hackers*”, “*virus*”, “*cookies*”, “*phishing*”, “*wikileaks*”, entre otros, para comprender que Internet y sus aplicaciones son utilizados para perpetrar los denominados “delitos cibernéticos” y los “ciberataques”<sup>63</sup>. Estas actividades delictivas que por su naturaleza pueden ser transnacionales —dado que es factible perpetrarlas en todo momento y desde cualquier lugar— pueden alcanzar proyecciones nefastas en el ámbito privado tales como estafas, suplantación, invasión de privacidad, infidencia, tergiversación y manipulación de datos, robo de títulos y pertenencias, delitos sexuales, usurpación de la propiedad intelectual, destrucción de datos y equipos, etc.—; y en el ámbito público, pueden obstaculizar las funciones del gobierno; dañar o interrumpir los servicios públicos como el suministro de energía, agua, alimentos; distorsión de datos para perpetrar ataques al transporte masivo y a sitios públicos; robo de datos e información pública confidencial; espionaje electrónico; ataques a la infraestructura básica y productiva; entre otros. En este sentido, los países, entidades públicas especializadas tanto a nivel nacional como internacional, las empresas y los propios individuos están tomando conciencia de la magnitud de estos riesgos y adoptando en forma creciente una serie de medidas para prevenirlos y enfrentarlos.

En el ámbito interamericano, cabe señalar que desde fines de la década de los noventa<sup>64</sup>, se viene tratando el tema de la seguridad digital en el marco de la OEA con estudios y debates sobre el “delito cibernético”. En la Tercera Cumbre de las Américas (Quebec, 2001), los Jefes de Estado y de Gobierno se comprometieron a fomentar la conectividad en el continente y, a la vez, avanzar en las medidas de seguridad frente a los riesgos y amenazas que puedan surgir con el uso masivo de los medios digitales. Luego, en la “Conferencia sobre Seguridad Cibernética” (Buenos Aires, 2003), se analizaron las serias amenazas a los sistemas de información esenciales, las infraestructuras básicas, los servicios públicos y las economías de los países de la región y la necesidad de una acción eficaz para abordar este problema con la cooperación intersectorial

---

<sup>63</sup> Krone, T., 2005. *High Tech Crime Brief*. Australian Institute of Criminology. Canberra, Australia, 2005.

<sup>64</sup> El primer Grupo de Trabajo sobre Delito Cibernético fue creado en la OEA en abril de 1999 y continúa sus actividades hasta la actualidad.



y la coordinación efectiva de entidades gubernamentales y no gubernamentales. A partir de estos desarrollos la OEA está comprometida con la implementación de una “Estrategia de Seguridad Cibernética”<sup>65</sup> y el seguimiento de medidas en las reuniones del “Grupo de Trabajo sobre Delito Cibernético” y la “Red Interamericana de Vigilancia y Alerta” para la rápida divulgación de información sobre asuntos relacionados a la seguridad informática y la respuesta a crisis, incidentes y amenazas que puedan producirse desestabilizando a los gobiernos democráticos y afectando seriamente la economía de sus países.

## 5. ¿Hacia una democracia digital? Algunas reflexiones finales

La trascendencia de las TICs en medio del proceso globalizador y de las denominadas “*sociedades del conocimiento*” genera la esperanza de una democratización más profunda y generalizada en el ámbito nacional e internacional. En este sentido se plantea la conveniencia de avanzar hacia una *democracia digital* que implica la utilización de las ventajas de todos los medios digitales como instrumentos para ampliar el acceso a la información política, la libertad de expresión y formación de la opinión pública, la participación ciudadana, una mejor organización y eficacia en la gestión pública, así como control de la misma ampliando los márgenes de transparencia.

El contexto de la discusión está abierto. Ciertamente, para hacer posible una real “*e-democracia*”, tendrá que darse la universalización

---

<sup>65</sup>*Informe de la Conferencia sobre Seguridad Cibernética*, documento OEA/Ser.L/X.5/CICTE/CS/doc.2/2003. “*La Estrategia Interamericana Integral de Seguridad Cibernética*” se basa en los esfuerzos y conocimientos especializados del Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE), la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL), y la Reunión de Ministros de Justicia o Ministros o Procuradores Generales de las Américas (REMJA). La Estrategia reconoce la necesidad de que todos los participantes en las redes y sistemas de información sean conscientes de sus funciones y responsabilidades con respecto a la seguridad a fin de crear una cultura de seguridad cibernética. La Estrategia también reconoce que es necesario un marco eficaz para la protección de las redes y sistemas que integran Internet para responder a incidentes y recuperarse de los mismos.

del acceso y de la interconectividad para que todos los ciudadanos puedan beneficiarse de la información, el conocimiento y la cultura. ¿Se extenderá un marco más horizontal de expresión y comunicación que nos llevara a ser más libres, más equitativos y más solidarios a través de la conexión con las redes virtuales? ¿El acceso generalizado, en tiempo real, en modalidades flexibles y dinámicas, favorecerá los consensos en torno al ideal democrático como un común denominador entre múltiples voces, intereses y actores sociales? Las respuestas no son sencillas. Y tampoco se trata de argumentar con un optimismo convencional. Lo que si se aprecia —tanto en Latinoamérica como otras latitudes— es el fuerte impacto de las TICs en las tradiciones y prácticas políticas. Se está generando una conciencia sobre la necesidad de perfeccionamiento del modelo democrático liberal hacia un escenario que garantice una mayor participación, elimine las instituciones ineficientes, las prácticas corruptas y disfuncionales y que permita quizás una evolución hacia una democracia más deliberativa y participativa. Sin duda, se trata de aprovechar al máximo las ventajas digitales pero resguardando la estabilidad de los principios básicos democráticos que ha costado tanto construir a lo largo de varias generaciones. No se puede aceptar la lógica oportunista y populista de ciertos procesos que se dicen “democráticos”, pero que utilizan masivamente los medios digitales con el único criterio de la permanencia sin alternancia de un líder autoritario y su entorno en el poder. A este respecto puede decirse que no se trata de posiciones políticas, sino de principios que tienen que ver directamente con el desarrollo mismo de la democracia representativa, tal como está aceptada en los instrumentos interamericanos y en el derecho interno de la mayor parte de los países de las Américas. En las transformaciones económicas, políticas y sociales, a las que hacíamos mención al inicio de este ensayo, un aspecto fundamental es la difusión del poder a un mayor número de personas y entidades de la sociedad civil que se tornan en nuevos sujetos políticos, y cuya participación ciudadana reclama “mas” y no “menos” democracia.

En definitiva, la idea de una *democracia digital*, vale decir, el intercambio de ideas, opiniones y acciones entre múltiples actores políticos utilizando los medios virtuales para fortalecer los procesos democráticos, está avanzando vertiginosamente. Sería necesario todo un tratado para profundizar sobre esta temática, lo cual excede al propósito de este ensayo; no obstante, puede presumirse que las colectividades que lleguen a utilizar apropiadamente el potencial que ofrecen las tecnologías de punta

y los medios digitales tendrán caminos más abiertos para alcanzar el desarrollo humano y sostenible dentro de una gobernabilidad democrática más consolidada. Por cierto que no será fácil, dado que también son inquietantes los riesgos y amenazas que se observan a simple vista: una mayor brecha “digital” entre las personas y países; quizás una mayor disociación entre aquellas naciones que avanzan a un ritmo que les brinda mayores ventajas cualitativas y cuantitativas frente a otras menos favorecidas y, por cierto, los alcances peligrosos e insospechados de los delitos cibernéticos.



## **MERCOSUR Y MEDIO AMBIENTE. REALIZACIONES Y PERSPECTIVAS**

Ernesto J. REY CARO

**Resumen:** Los problemas ambientales fueron abordados tempranamente en el Mercosur. Más allá de los fines y objetivos enunciados en los primeros dispositivos del Tratado de 1991, la protección del medio ambiente a escala regional y global fueron concitando progresivamente la atención de los órganos de esta organización de integración. En el seno del Consejo Mercado Común y de Grupo Mercado Común, las cuestiones ambientales merecieron un tratamiento preferencial. Se instituyó la Reunión de Ministros del Medio Ambiente y se creó el Subgrupo de Trabajo N° 6. Se gestaron numerosos programas y proyectos, surgiendo asimismo algunos instrumentos convencionales. El Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente, en vigor desde el año 2004, establece principios básicos y consagra la cooperación como instrumento para el cumplimiento y ejecución de sus dispositivos. Se han diseñado políticas en la materia y se han unificado posturas a adoptar en conferencias internacionales. Los tribunales del Mercosur también se han pronunciado en conflictos ambientales surgidos entre los Estados Miembros.

**Abstract:** Environmental issues were addressed early in the Mercosur. Beyond the goals and objectives set out in the first devices of the 1991 Treaty, environmental protection at regional and global level were progressively calling attention of bodies of this organization integration. Within the Common Market Council and the Common Market Group, environmental issues deserved preferential treatment. They instituted the Meeting of Ministers of the Environment and established the Sub Working Group No. 6. That gave origin to numerous programs and projects, and also emerged some conventional instruments. The Environmental Framework Agreement, in force since 2004, sets out basic principles and establishes the cooperation as an instrument for the accomplishment and execution of their devices. Policies were established in this area and merged unified positions to adopt at international conferences. Mercosur courts have also acted in environmental conflicts arising between Member States.

**Palabras claves:** Mercosur. Medio Ambiente. Instrumentos convencionales. Cooperación. Jurisprudencia

**Keywords:** Mercosur. Environment. Conventional instruments. Cooperation. Jurisprudence.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La etapa previa al Tratado de Asunción de 1991. 3. El medio ambiente en el ámbito del MERCOSUR. 3.1. Las Directrices Básicas de Política Ambiental. 3.2. Las reuniones de Ministros de Medio Ambiente. 3.3. Declaraciones de reuniones de alto nivel y otros foros. 3.4. El Subgrupo de Trabajo N° 6 del Grupo Mercado Común. 4. El Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente. 4.1. El Protocolo Adicional en Materia de Cooperación y Asistencia ante Emergencias Ambientales. 5. Acuerdos internacionales. 6. La jurisprudencia arbitral. 7. Consideraciones finales.

## 1. Introducción

La importancia y trascendencia que adquirieron las llamadas “cuestiones” o “problemas” ambientales a partir de las últimas décadas del siglo pasado tanto en los ámbitos nacionales como en el internacional, justifica y explica que la materia no haya estado ausente en los procesos de integración puestos en marcha particularmente en los continentes europeo y americano. Aunque no fue el principal objetivo que impulsó a los Estados a celebrar los tratados fundacionales de las organizaciones de integración, la preservación del medio ambiente constituyó una meta que se propusieron tempranamente incorporar, y con posterioridad afianzar, los protagonistas de tales procesos, no como alternativa, sino como necesidad. Gradualmente se fueron gestando, por una parte, un ordenamiento jurídico específico –constituido por normas primarias y secundarias–, y por la otra las llamadas “políticas ambientales”. Esta tendencia también se manifestó en el MERCOSUR.

## 2. La etapa previa al tratado de 1991

La preocupación por los problemas ambientales y su solución, centraron la atención de los países que luego integraron el MERCOSUR varios años antes de la gestación de este proyecto integracionista<sup>1</sup>. Ellos suscri-

---

<sup>1</sup> Drnas de Clément, Zlata, “MERCOSUR y Medio Ambiente”, en MERCOSUR: Nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración (Coord. por Pueyo Losa y Rey Caro), Buenos Aires, 2000, pp. 317-322.

bieron no pocos instrumentos de alcance universal y reglaron sus conductas en acuerdos y tratados regionales, subregionales o bilaterales, generalmente referidos a la conservación de sus recursos naturales compartidos.

El tratado de Asunción que diera origen al MERCOSUR, tuvo un proceso de preparación que comenzaría en 1985 con la Declaración Presidencial de Iguazú, adoptada por los presidentes de Argentina y Brasil, en noviembre de este último año<sup>2</sup>.

En este instrumento se destacó el beneficio que acarrearía la integración física para el desarrollo de ambos países y se instrumentó un diálogo al más alto nivel entre ambos Gobiernos, creándose una Comisión Mixta. Hubo coincidencia en la necesidad de complementar los sistemas energéticos, de transporte y de las comunicaciones, tratándose igualmente otros temas vinculados con el medio ambiente, como la cooperación científica y tecnológica, el desarrollo nuclear, y la comunicación a través de las vías navegables. Al año siguiente se implementó un Programa para la integración binacional<sup>3</sup>, firmándose varios Protocolos, inter alia, relativos a la energía, biotecnología, emergencia radiológicas y asistencia en caso de accidentes nucleares.

En 1989 se suscribió entre Argentina y Paraguay un acuerdo para la creación de una Comisión de Coordinación Política e Integración entre las dos naciones<sup>4</sup>. La Subcomisión de Asuntos Políticos de tal Comisión abordó, entre otras, materias atinentes a los recursos naturales, a aprovechamientos conjuntos y a problemas ambientales.

Pero, más allá de las referencias circunstanciales contenidas en estos instrumentos, la celebración del Tratado de Asunción no implicó una modificación sustantiva de esta tendencia. Su examen sólo permite remarcar para el período de transición un esbozo de las cuestiones ambientales. Como se ha destacado, los instrumentos que pergeñaron este proyecto de integración, pusieron de manifiesto una visión diferente a la de otros modelos o mecanismos que interrelacionaron más directamente las

---

<sup>2</sup> Cf. Texto en Integración Latinoamericana, INTAL, Bs. As., N° 110, marzo de 1986, p. 64.

<sup>3</sup> Cf. texto en Integración Latinoamericana, INTAL, Bs.As., N° 116, septiembre de 1986, p. 97.

<sup>4</sup> Cf. Texto en Integración Latinoamericana, INTAL, Bs.As., N° 148, agosto de 1989, p. 113.

cuestiones ambientales con los regímenes de cooperación e integración económica. Los Estados del MERCOSUR eligieron, en la primera etapa, incorporar gradualmente los problemas ambientales en su agenda, manteniendo un nivel de autonomía política y legislativa notoria en vinculación a tal problemática<sup>5</sup>.

### 3. El medio ambiente en el ambito del MERCOSUR

El Tratado de 1991, destacó en su Preámbulo que los objetivos del acuerdo debían ser alcanzados a través del “el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las conexiones físicas, la coordinación de los políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base a los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio”. Algunos estudiosos señalan otros enfoques ambientales en dicho Preámbulo y resaltan que las cuestiones ambientales subyacen en el Tratado de Asunción, por cuanto no sería factible coordinar políticas macroeconómicas o sectoriales, sin vincularlas a la problemática ambiental<sup>6</sup>. Están también los autores que identificaban ya en los enunciados del Preámbulo una verdadera “política ambiental”<sup>7</sup>.

El Protocolo de Ouro Preto de diciembre de 1994, que consagró la estructura institucional que con ligeras modificaciones es la actualmente vigente<sup>8</sup>, carece de referencias expresas a problemas ambientales, sin

---

<sup>5</sup> Infante Caffi, María T. “Procesos de Integración y Protección del Medio Ambiente: el caso del MERCOSUR”, en Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina, Roma, 4/97, p. 210.

<sup>6</sup> Drnas de Clément, Zlata “Relaciones de Córdoba con el MERCOSUR en Materia de Medio Ambiente”, Córdoba (R.A.), 1996, p. 38.

<sup>7</sup> Olivar Jiménez, Martha L. “El establecimiento de una política común de protección del medio ambiente. Su necesidad dentro de un mercado común”, en Revista da Faculdade de Direito da Universidad Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Volume 10, julho 1994, p.107.

<sup>8</sup> La Comisión Parlamentaria Conjunta fue reemplazada en el año 2005 por el Parlamento del MERCOSUR (CMC, Dec. N° 23/05), que se constituiría en mayo de



perjuicio de que éstos comenzaran a emerger en el seno del Consejo Mercado Común y del Grupo Mercado Común, poco después de que estos órganos iniciaron sus actividades.

Así, el Grupo Mercado Común, en el marco de la Decisión N° 9/91 del Consejo Mercado Común<sup>9</sup> que creó las Reuniones Especializadas para abordar cuestiones vinculadas a los objetivos del Tratado de Asunción, constituyó la Reunión Especializada de Medio Ambiente (REMA) por la Resolución N° 22/92<sup>10</sup>. Se le atribuyó inicialmente la tarea de examinar la legislación vigente en los Estados Partes y la de iniciativa con respecto a acciones para la protección del medio ambiente en diferentes áreas<sup>11</sup>. La importancia de la labor a desarrollar fue reivindicada ab initio, en varias reuniones del bloque<sup>12</sup>.

La tarea de tal Reunión Especializada estaba encauzada a detectar asimetrías legislativas y políticas que pudieran afectar al proceso de integración, a identificar los intereses comunes de los Estados Miembros en problemas ambientales, y a la evaluación de los aspectos ambientales de los proyectos conjuntos<sup>13</sup>. En una de estas reuniones, se identificaron varios convenios internacionales prioritarios para el MERCOSUR, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la Con-

---

2007. En el Protocolo respectivo no se encuentra referencia expresa alguna a las cuestiones ambientales, aunque en alguno de los Propósitos del Parlamento –Artículo 2-, podría subyacer la materia. Tal es el caso – v.g.- de la función de “Impulsar el desarrollo sustentable de la región”.

<sup>9</sup> [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy), normativa, decisiones.

<sup>10</sup> Villegas, Pedro “The Environmental Challenge of the Common Market in South America: REMA under Mercosur”, en [gguir29&collection=journals&idprint=20&ext=.pdf](http://gguir29&collection=journals&idprint=20&ext=.pdf).

<sup>11</sup> Alterini, Atilio A., MERCOSUR y Medio Ambiente: problemas y perspectivas”, *Doctrina Judicial, La Ley*, 1998-2, p.78; Stocco, Roberto “Consideraciones en torno a la protección ambiental en el MERCOSUR”, *Voces Jurídicas, La Ley, Bs.As.*, N° 3, 1998, p. 319.

<sup>12</sup> En la Reunión de Las Leñas de junio de 1992 y en la Cumbre Presidencial de Colonia del Sacramento, de enero de 1994 ( *Boletín Oficial del MERCOSUR, Año I, N° 3/97, diciembre de 1997, p. 87.*

<sup>13</sup> Blanco y Borregaard “MERCOSUR y Medio Ambiente”, Santiago, Chile, pp. 9-10; Bec, R.Eugenia “Aspectos ambientales del MERCOSUR”, *Revista de Derecho del MERCOSUR, Bs.As.*, mayo de 1997, p. 186.

vención sobre control fronterizo de residuos peligrosos, la Convención CITES sobre comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora terrestre, la Convención sobre biodiversidad, el Convenio de Viena sobre la protección de la capa de ozono, la Convención RAMSAR sobre humedales. El cronograma de medidas tendientes a la consecución de los objetivos y metas previstas en el Tratado de Asunción que debían adoptarse con anterioridad al 31 de diciembre de 1994, aprobado por el CMC – Decisión N° 1/92<sup>14</sup> – abordó cuestiones sanitarias, agropecuarias y de transporte, en las que se han encontrado vinculaciones con el medio ambiente<sup>15</sup>. Con posterioridad se adoptaron otras decisiones que involucraban consideraciones atinentes a la materia<sup>16</sup>. Por su parte, el Grupo Mercado Común, también avanzó adoptando muchas resoluciones referidas en forma directa o indirecta a cuestiones ambientales<sup>17</sup>.

### *3.1. Las directrices básicas en materia de política ambiental*

En las Directrices Básicas en Materia de Política Ambiental, establecidas en la Resolución N° 10/94 del GMC, se destacan metas y propósitos de trascendencia, tales como asegurar la armonización de la legislación ambiental entre los Estados Partes del Tratado de 1991 considerando las normas vigentes y su aplicación real. En caso de que hubiera “lagunas” en las legislaciones ambientales de los Estados Miembros, debía promoverse la adopción de normas que consideraran los aspectos ambientales implicados. No ha sido una tarea fácil<sup>18</sup>. Asimismo, entre otras tareas, debía asegurar condiciones equitativas de competitividad ad intra en el MERCOSUR; asegurar condiciones equitativas de competitividad entre los Estados Miembros a través de la inclusión del costo ambiental

---

<sup>14</sup> [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy), normativa, decisiones.

<sup>15</sup> Cf. Drnas de Clément, Zlata, op. cit., nota 15, p. 39.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>18</sup> Esain, José “MERCOSUR y medio ambiente”, en: <http://ambiente.mercosur.int/archivos/web/Mercosur/file/sypq,%20a4.pdf>.

en el análisis de la estructura del costo total de los procesos productivos; garantizar la instrumentación de prácticas no degradantes en los procesos de utilización de los recursos naturales; asegurar la incorporación del criterio de manejo sustentable en el aprovechamiento de los recursos naturales renovables con el objeto de resguardar su futura utilización; asegurar la obligatoriedad del seguimiento de una práctica de licencia/habilitación para las actividades potencialmente degradantes del medio ambiente en los Estados Miembros, incluyendo la evaluación del impacto ambiental; lograr la minimización y/o eliminación del vertido de poluentes mediante el desarrollo de tecnologías adecuadas, tecnologías limpias y de reciclaje, y del tratamiento de los residuos sólidos, líquidos y gaseosos; garantizar el menor grado de deterioro ambiental en los procesos productivos y en los productos de intercambio; asegurar la concertación de acciones en orden a la armonización de procedimientos legales y/o institucionales para las licencias/habilitaciones ambientales y la realización de monitoreos de actividades que pudieran tener impactos ambientales en los ecosistemas compartidos; estimular la coordinación de criterios ambientales comunes para la negociación e implementación de las acciones internacionales de incidencia prioritaria en el proceso de integración; reforzar las instituciones para la gestión ambientalmente sustentable, recurriendo al aumento de la información sustantiva para la toma de decisiones o para el mejoramiento de la capacidad de evaluación, perfeccionando igualmente las instituciones de enseñanza, capacitación e investigación; y procurar que las actividades vinculadas con el turismo entre los Estados Miembros tuvieran en consideración los principios y normas que aseguren el equilibrio ambiental.

Estas directrices, en su momento, constituyeron una herramienta de especial gravitación para delinear y encauzar las políticas del MERCOSUR en materia ambiental. A ellas se refirieron otros instrumentos posteriores<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> V.g., el Comunicado del 5 de agosto de 1994, emanado de la Cumbre Presidencial de Buenos Aires y el Programa de Acción del MERCOSUR hasta el año 2000, aprobado en la Decisión N° 9/95 del Consejo Mercado Común. En este último acto normativo se destaca que “El objetivo será formular y proponer estrategias y directrices que garanticen la protección del medio ambiente de los Estados Partes en el contexto de libre comercio y consolidación de la Unión Aduanera, considerando las Directrices básicas aprobadas por la Res. N° 10/94 y los principios del desarrollo

### 3.2. *Las reuniones de ministros de medio ambiente*

El Consejo Mercado Común por Decisión N° 10/03 creó la “Reunión de Ministros de Medio Ambiente”, que tendría como función proponer a este órgano del MERCOSUR “medidas tendientes a la coordinación de políticas para promover la gestión ambiental y el desarrollo sostenible en los países del MERCOSUR, así como las acciones de cooperación y articulación en materia de medio ambiente entre los Estados Partes”<sup>20</sup>. Se abrió la participación en tales reuniones a los países asociados, Bolivia y Chile.

La primera reunión tuvo lugar en junio de 2004<sup>21</sup>, oportunidad en la que se abordaron varios temas medioambientales<sup>22</sup>. Se analizó una propuesta de declaración sobre cambio climático, independientemente de los compromisos asumidos por cada país en el Protocolo de Kyoto. Asimismo, las delegaciones coincidieron que siendo el Subgrupo de Trabajo N° 6 “Medio Ambiente” el foro técnico, éste fuera el encargado de presentar una propuesta de agenda de trabajo para los ministros que guardara concordancia con la agenda global, con los compromisos asumidos a nivel regional, y teniendo en cuenta particularmente los problemas ambientales de los Estados Partes y Asociados. Los problemas vinculados con el cambio climático merecieron una especial atención. En la Declaración final, se exhortaba a los países del Anexo I de la Convención sobre Cambio Climático para que en virtud del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y en virtud del compromiso de adoptar políticas y

---

sostenido emanado de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro en 1992”.

<sup>20</sup> [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy), normativa, decisiones.

<sup>21</sup> <http://mercosur.medioambiente.gov.ar/?idarticulo=1116>.

<sup>22</sup> En su inauguración se expresó “hacemos esta primera reunión de los ministros de Medio Ambiente de nuestro espacio regional con la idea de establecer un foro político que ponga el tema dentro de la institucionalidad del Mercosur y genere una agenda que contemple los problemas ambientales nacionales, sin dejar de considerar y compartir los compromisos internacionales que tenemos a partir de las distintas cumbres, en especial los relacionados al desarrollo sostenible y los objetivos del milenio”. (Cf. Doc. MERCOSUR, Secretaría, Sector de Asesoría Técnica, Relevamiento N° 001/07, Medio Ambiente en el MERCOSUR, Montevideo, 13 de febrero de 2007, pp. 23-26).

medidas para mitigar sus efectos, procedieran con diligencia en ese empeño, teniendo particularmente en cuenta el Protocolo de Kyoto.

Una segunda reunión se celebró en noviembre del mismo año<sup>23</sup>, se trataron cuestiones como la iniciativa HEMA (Ministros de Salud y del Ambiente de las Américas) y la participación de los países miembros del MERCOSUR y asociados en tal iniciativa; las asimetrías de las legislaciones ambientales de los países del MERCOSUR; comercio y medio ambiente en el espacio integrado; la firma de un memorando de entendimiento con el PNUMA; la gestión integrada de los recursos hídricos y en particular el acuífero Guaraní, etc

La tercera reunión, se celebró en junio de 2005<sup>24</sup>. Se examinaron varias propuestas vinculadas con la elaboración de una Agenda del MERCOSUR para el desarrollo sostenible con miras a ser presentada ante el XV Foro de Ministros de América Latina y el Caribe; una declaración sobre bienes ambientales para el desarrollo; la confección de directrices para el desarrollo de una política del MERCOSUR de gestión ambiental de residuos y responsabilidad post-consumo; y la propuesta de un protocolo al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur sobre cooperación y asistencia técnico científica en materia de calidad del aire.

Una cuarta reunión se realizó en noviembre del mismo año<sup>25</sup>. Se presentaron múltiples y muy interesantes iniciativas. Se propuso un acuerdo para el desarrollo de una política del MERCOSUR de gestión ambiental de residuos y responsabilidad post-consumo. Igualmente se sugirió la elaboración de un protocolo adicional al Acuerdo Marco ya referido sobre cooperación y asistencia técnico científica en gestión ambiental de recursos hídricos compartidos en el ámbito del MERCOSUR, y la elaboración de un acuerdo de los Ministros de Medio Ambiente del MERCOSUR sobre lineamientos para la elaboración de una estrategia de biodiversidad del MERCOSUR.

En junio de 2006, se realizó la quinta reunión<sup>26</sup>, oportunidad en la que se abordaron, entre otras cuestiones, el sistema de información ambiental

---

<sup>23</sup> <http://MERCOSUR.medioambiente.gov.ar/?idarticulo=1129>

<sup>24</sup> <http://MERCOSUR.medioambiente.gov.ar/?idarticulo=1128>

<sup>25</sup> <http://MERCOSUR.medioambiente.gov.ar/?idarticulo=1561>

<sup>26</sup> <http://MERCOSUR.medioambiente.gov.ar/?idarticulo=2933>

(SIAM); un proyecto de instrumento jurídico del MERCOSUR sobre cooperación y asistencia técnico-científica en materia de calidad del aire; una propuesta de estrategia del MERCOSUR en relación a la lucha contra la desertificación y la sequía; y los avances en materia de producción y consumo sostenibles en el marco del proyecto competitividad y medio ambiente.

Una sexta reunión de Ministros del Medio Ambiente, tuvo lugar en junio de 2007<sup>27</sup>, instancia en la que además de avanzar en el proyecto de instrumento MERCOSUR sobre la asistencia técnica científica en materia de calidad del aire, se suscribió un Acuerdo sobre Estrategia MERCOSUR de Lucha contra la Desertificación, la Degradación de la Tierra y los Efectos de la Sequía<sup>28</sup>, que se enmarca en la previsión establecida en el artículo 6° inciso “n” del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente en el Mercosur. En los considerandos se destaca que tal estrategia de lucha debía obrar como un elemento que contribuyera al desarrollo sostenible de la subregión y que la temática guarda una estrecha relación con el combate a la pobreza, el desarrollo rural y el manejo sustentable de los recursos naturales. El primer dispositivo del Acuerdo aprueba de Estrategia, y el segundo encomienda el Grupo ad Hoc contra la Desertificación la primera fase de dicha Estrategia e involucra a varios subgrupos de Trabajo del Grupo Mercado Común, especialmente al Subgrupo N° 6 en el logro del objetivo que motoriza el Acuerdo.

En la reunión siguiente de los Ministro del área, celebrado en noviembre de 2007<sup>29</sup>, más allá de la consideración de varios temas vinculados con el medio ambiente - como la cooperación para la implementación de la Agenda de la Reunión de ministros de Medio Ambiente y el PNUMA, los avances del MERCOSUR en la Agenda Ambiental y la presentación de un Proyecto de Decisión MERCOSUR sobre Maneja Sostenible de la Tierra-, se celebró un Acuerdo sobre el Plana de Trabajo para la Primera

---

<sup>27</sup> <http://mercosur.medioambiente.gov.ar/?idarticulo=4537>

<sup>28</sup> El Acuerdo, posee un extenso preámbulo y un breve articulado y tiene por objeto Aprobar la Estrategia de Lucha contra le Desertificación, la Degradación de la Tierra y los Efectos de la Sequía en el MERCOSUR(Artículo 1), solicitando al Consejo Mercado Común que propicie “espacios de articulación“, entre distintos foros institucionales del MERCOSUR(Artículo 2).

<sup>29</sup> <http://mercosur.medioambiente.gov.ar/?idarticulo=5075>

Fase de Implementación de la Estrategia MERCOSUR de Lucha contra la Desertificación, la Degradación de la Tierra y los Efectos de la Sequía que había propuesto el Grupo Ad Hoc que oportunamente fuera designado, y que debía concluir con una propuesta para una segunda fase de implementación de la estrategia, que debía ejecutarse en un plazo no superior a dos años.

Quizá una de las reuniones más importantes fue la Primera Reunión Extraordinaria de Ministros de Medio Ambiente, celebrada en marzo de 2006<sup>30</sup>, ocasión en que se emitió una declaración sobre estrategia de biodiversidad del MERCOSUR y se elaboró un proyecto de política MERCOSUR de gestión ambiental de residuos especiales de generación universal y responsabilidad post consumo.

En el primer instrumento, se reconocía que la pérdida de biodiversidad era un problema de alcance global y que la interdependencia de las especies y ecosistemas, como así también los impactos de origen antrópico, ocurrían entre fronteras nacionales, razón por la que se requerían acciones coordinadas tanto en el Cono Sur como en América del Sur, y que era de prioridad desarrollar una estrategia conjunta en el ámbito de la organización de integración que estimulara la adopción de políticas y acciones integrales para asegurar la conservación, la recuperación y el uso sostenible de la biodiversidad, además de garantizar la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos.

El “marco normativo” de la Estrategia se basa en los principios enunciados en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, las normas del Convenio de Diversidad Biológica, lo establecido en el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente y las “orientaciones” contenidas en las Estrategias Nacionales de Biodiversidad de los Estados Partes. La implementación de esta Estrategia debe concordar con el derecho vigente en los Estados Partes del MERCOSUR.

Se proclaman los “principios” de la Estrategia de Biodiversidad del MERCOSUR – con enunciados muy diversos, muchos de ellos inspirados en declaraciones de foros internacionales<sup>31</sup> -, el objetivo general y los

---

<sup>30</sup> <http://mercosur.medioambiente.gov.ar/?idarticulo=2196>

<sup>31</sup> “I. La diversidad biológica posee valor intrínseco y debe ser respetada independientemente del valor o uso que pudiera serle atribuido por las poblaciones

objetivos específicos. El general es el establecimiento de directrices y lineamientos prioritarios para la integración de políticas y acciones de los Estados Partes orientados a la conservación de la biodiversidad, el uso sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se pudieran derivar de los recursos genéticos. Se distinguen siete “ejes temáticos” de la Estrategia: el conocimiento e información de la biodiversidad; la conservación de la biodiversidad; el uso sostenible de los componentes de la biodiversidad; el monitoreo, evaluación, prevención y mitigación de impactos sobre la biodiversidad; el acceso a los recursos genéticos, conocimientos tradicionales asociados y repartición de beneficios; la educación, sensibilización pública, socialización y divulgación en biodiversidad; y el fortalecimiento político, jurídico e

---

humanas; II. La biodiversidad debe ser aprovechada dentro del límite de funcionamiento de los ecosistemas, garantizando la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos; III. El concepto de biodiversidad incluye la diversidad socio-cultural, que comprende la diversidad de valores, culturas y cosmovisiones, como requisito fundamental para la perpetuación de conocimientos y prácticas relevantes a su conservación, y como afirmación de la importancia y el derecho a la diversidad de la vida, en sentido amplio; IV. Los Estados son soberanos sobre los recursos biológicos presentes en sus territorios; V. Los Estados son responsables de la conservación de su biodiversidad y de garantizar que las actividades bajo su jurisdicción o control no causen daño al medio ambiente ni a la biodiversidad de otras naciones o áreas más allá de los límites de la jurisdicción nacional; VI. La realización de acciones de conservación y uso sostenible de la biodiversidad requiere la cooperación entre los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil; VII. La conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad deben realizarse a su vez en el Marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio; VIII. Las acciones nacionales y regionales de gestión de la biodiversidad deben contemplar sinergias y acciones integrales con convenios. Tratados y acuerdos internacionales relacionadas al tema; IX. La conservación y el uso sostenible de la biodiversidad es una preocupación común a toda la humanidad, pero con responsabilidades diferenciadas, correspondiendo a los países desarrollados el aporte de recursos nuevos y adicionales, y la facilitación del acceso adecuado a tecnologías pertinentes para atender a las necesidades de los países en desarrollo; X. La participación en los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos, debe ser realizada de manera justa y equitativa incluyendo los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos. Innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales, con arreglo a las legislaciones nacionales; XI. Los esfuerzos de cooperación e integración de las acciones de protección de la biodiversidad en el ámbito del MERCOSUR deben contribuir a la integración de los Estados Partes”.



institucional. Para todos estos ejes temáticos, se establecen “directrices” y “líneas de acción”.

Esta “declaración”, más allá de su verdadero valor jurídico, constituye uno de los instrumentos más exhaustivos de cuantos han sido elaborados en el seno del MERCOSUR, en este caso en cuanto a la comprensión de la problemática que encierra de biodiversidad y las acciones y políticas conducentes a su protección y preservación.

El proyecto de Decisión acerca de un Acuerdo sobre Política MERCOSUR de Gestión Ambiental de Residuos Especiales de Generación Universal y Responsabilidad Post Consumo, constituye también un proyecto cuidadosamente elaborado. Como es usual, se describen el objetivo general y los objetivos específicos. Define el concepto de residuo especial de generación universal. Debe considerarse como tal todo el que se encuentre incluido en un anexo al instrumento “siempre que su generación se efectúe de manera masiva o universal y que por sus consecuencias ambientales, características de peligrosidad, riesgo o potencial efecto nocivo para el ambiente, requieran de una gestión ambientalmente adecuada y diferenciada de otros residuos”. Es interesante la enumeración de los “principios de política ambiental que debían observarse en la implementación del acuerdo proyectado, que coinciden con principios generales del derecho internacional ambiental: principio de prevención, principio de cooperación, principio de participación y acceso a la información y principio precautorio.

Las reuniones tanto ordinarias como extraordinarias de Ministros se sucedieron periódicamente y sin solución de continuidad hasta la actualidad, participando los representantes de los Estados Miembro como también de los Asociados. La elaboración de proyectos y planes para la preservación del medio ambiente constituyeron la meta de todas las convocatorias.

En la XV<sup>o</sup> Reunión, celebrada en la Capital de la República Argentina en mayo de 2012, entre otros documentos, se suscribió la llamada “Declaración de Buenos Aires. Estuvo vinculada con la tarea preparatoria de RIO + 20. En dicho instrumento se fijaron numerosos y variados objetivos y políticas comunes como, - inter alia-, la necesidad de abordar los “pilares” del desarrollo sustentable, considerando los aspectos de crecimiento económico, desarrollo social y protección ambiental, “en forma equilibrada, global, interdependiente y solidaria”, y reafirmar la plena vi-

gencia y “no renegociación” de los compromisos asumidos en la Declaración de Río de 1992.

Al margen de que muchas de las iniciativas presentadas en estas reuniones de Ministros de Medio Ambiente no se han concretado aún, no puede ponerse en tela de juicio la labor desarrollada para promover la protección y conservación del medio ambiente en el espacio integrado. En 2004, por Decisión del CMC N° 25/04<sup>32</sup>, se creó un Grupo Ad Hoc de Alto Nivel Acuífero Guaraní, que actuaría como foro auxiliar del Consejo Mercado Común y al que se le encomendó la tarea de elaborar un proyecto de acuerdo de los Estados Partes del MERCOSUR relativo a dicho acuífero. Este Grupo cumplió con la labor encargada previéndose su tratamiento en una conferencia que debía realizarse antes de mayo de 2005.

Los Estados del Mercosur suscribieron en agosto de 2010 un Acuerdo sobre el Acuífero, que incorporó muchos de los lineamientos del proyecto ya señalado. Los propósitos, objetivos y articulado de este instrumentos han merecido ya importantes comentarios y como era de prever el meollo se ha centrado en la conservación y explotación de este vital “recurso hídrico transfronterizo”, que según reza el dispositivo inicial, “integra el dominio territorial soberano” de los cuatro países del Mercosur, que “son los únicos titulares de ese recurso”. El examen pormenorizado de este importante acuerdo excede los propósitos de estas reflexiones.

### *3.3. Declaraciones de reuniones de alto nivel y otros foros*

Algunas declaraciones emanadas de reuniones de alto nivel, contribuyeron a priorizar las cuestiones ambientales en el ámbito del MERCOSUR. La declaración presidencial de Canela, de febrero de 1992, puso de manifiesto una coincidencia básica en derredor a que la protección del medio ambiente y la conservación de los recursos naturales requería el compromiso de los cuatro Estados y una acción concertada permanente, sin que existiera contraposición con la idea de progreso y de

---

<sup>32</sup> [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy), normativa, decisiones

desarrollo económico<sup>33</sup>. Los Ministros y Secretario de Estado responsables del área del medio ambiente de los Estados Partes del MERCOSUR, reunidos en Montevideo, en junio de 1995, aprobaron la llamada Declaración de Taranco. Examinaron los avances registrados por la Reunión Especializada de Medio Ambiente del MERCOSUR (REMA), en especial el establecimiento de Lineamientos Básicos en materia de política ambiental, la recopilación de las legislaciones ambientales nacionales, el relevamiento de los acuerdos internacionales vinculados a la temática ambiental y la instrumentación de éstos, destacando la tarea cumplida en el periodo de transición del MERCOSUR. Dichos funcionarios consideraron que era necesario reforzar el marco institucional para el tratamiento de los problemas ambientales en el MERCOSUR y coincidieron en la conveniencia de transformar la REMA en un Grupo de Trabajo del Grupo Mercado Común. La declaración emanada, da cuenta de las principales preocupaciones, entre ellas la importancia de los estudios de impacto ambiental relativos al proyecto de Hidrovía Paraguay-Paraná, la necesidad de fomentar en el ámbito del MERCOSUR, la concertación de acciones a los efectos de armonizar los procedimientos relativos a actividades que pudieran generar impactos ambientales en ecosistemas compartidos. Igualmente coincidieron en la importancia de concertar posiciones de los países del MERCOSUR en los foros internacionales donde se abordarían problemas ambientales y destacaron la trascendencia del proceso iniciado en el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

En verdad, el examen de la realidad en el periodo que medió entre la sanción del Tratado de Asunción en 1991 y la adopción del Protocolo de Ouro Preto, permite señalar que en ausencia de provisiones expresas en ambos instrumentos, tanto el Consejo Mercado Común y el Grupo Mercado Común, con mayor asiduidad, fueron abordando gradualmente competencias en materia ambiental, aunque la acción se centró fundamental-

---

<sup>33</sup> El principal objetivo del encuentro fue examinar las posturas de los cuatro países en vinculación con el temario de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que se celebraría poco tiempo después en Río de Janeiro.

mente en la consecución de los objetivos comerciales<sup>34</sup>. Sólo se alcanzaron algunas metas en el intercambio de información y en la promoción de una armonización legislativa. De allí que no puede identificarse una auténtica “política ambiental”, y la genuina normativa ambiental aparece algo difusa. No obstante lo positivo consiste en que se superó el vacío manifestado en el Tratado de 1991.

El tratamiento de las cuestiones ambientales en el contexto de otras materias, se evidenció en instrumentos posteriores como la Declaración Sociolaboral de MERCOSUR de diciembre de 1998<sup>35</sup>. El año anterior el GMC aprobó- Resolución 29/97- el Reglamento Técnico sobre emisión de gases contaminantes para vehículos automotores pesados de ciclo Otto, que asigna una especial trascendencia a la faz preventiva<sup>36</sup>. Este mismo órgano del MERCOSUR, a recomendación del Subgrupo N° 6, Medio Ambiente, aprobó una Resolución – N° 7/98- sobre Emergencias Ambientales<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Algunos autores destacan que la ausencia de una prioridad en cuanto a las cuestiones ambientales, esta relacionada con el hecho de que la principal actividad económica de los países del MERCOSUR se centró en la explotación de los recursos naturales (Bec, R. Eugenia “Argentina y el debate sobre comercio internacional y medio ambiente después de la Ronda Uruguay”, en *La Ley*, Bs. As., 1995-C, p. 992). Se ha sostenido igualmente que el sistema del MERCOSUR no tiene como objetivo directo la promoción, elaboración y control de políticas de naturaleza ambiental, apareciendo el medio ambiente en el periodo de transición más como un elemento de la competencia comercial en sentido estricto (Infante Caffi, M.T. “Procesos de integración y protección del medio ambiente: el caso del MERCOSUR”, en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Revista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Roma, 4/97, p. 219).

<sup>35</sup> En el capítulo referido a la salud y seguridad del trabajo se señalaba – Artículo 17-, que los Estados Partes se comprometían a formular, aplicar y actualizar en forma permanente y en cooperación con organizaciones de empleadores y trabajadores, políticas y programas en materia de salud y seguridad de los trabajadores y del medio ambiente del trabajo y las enfermedades profesionales, promoviendo mejores condiciones ambientales para el desarrollo de actividades de los trabajadores. Igualmente se reconoce al derecho de todo trabajador a la protección adecuada de las condiciones y el ambiente de trabajo.

<sup>36</sup> Boletín Oficial del MERCOSUR, Año I, Diciembre 1997, p. 18.

<sup>37</sup> Boletín Oficial del MERCOSUR, Año II, N° 7/98, Octubre-Diciembre de 1998, p. 190. Disponía incluir el tema en el Programa de Trabajo del Subgrupo

En las Cumbres Presidenciales, que comenzaron en el año 2006, habiéndose celebrado la última en la ciudad de Tucumán (Argentina) en junio de 2008, también abordaron numerosos temas en los que emergieron aspectos ambientales<sup>38</sup>.

### *3.4. El Subgrupo de Trabajo N° 6 del Grupo Mercado Común*

Sin duda, uno de los pasos más trascendentes, lo constituyó la creación del Subgrupo de Trabajo sobre Medio Ambiente N° 6, como resultado de la nueva estructura pergeñada por el Grupo Mercado Común en la Resolución N° 20/95 de dicho órgano<sup>39</sup>. Cabe señalar, que con anterioridad a este hecho, la problemática había acaparado la atención de varios de los subgrupos ya existentes<sup>40</sup>.

La agenda de las reuniones del Subgrupo pone de manifiesto la gran cantidad de cuestiones abordadas, y constituyó un inapreciable foro de donde surgieron no pocos proyectos de instrumentos, códigos, programas, declaraciones, propuestas, etc., que contribuyeron a enriquecer el acervo normativo y para delinear políticas en materia ambiental<sup>41</sup>.

---

aludido, en el que se debía proponer al GMC las prioridades, los mecanismos de la coordinación y las directrices generales para la implementación de la cooperación entre los Estados Miembros del MERCOSUR.

<sup>38</sup> <http://www.mercosurpresidencia.org/cumbres.php>

<sup>39</sup> [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy), normativa, resoluciones..

<sup>40</sup> El Cronograma de Medidas de Las Leñas – Decisión del Consejo Mercado Común N° 1/92-, estableció que el Subgrupo de Trabajo N°7, en aquel entonces denominado “Política Industrial y Tecnología - hoy “Política Ambiental y Tecnología”- debía, entre otras funciones, armonizar la legislación nacional y provincial sobre medio ambiente, trabajo este que desarrolló en 1993 y 1994. Asimismo, dentro de este Subgrupo se constituyó con carácter permanente una Comisión de Medio Ambiente que desarrolló una labor destacable en la proyección de los problemas ambientales en la industria. Igualmente, ciertas cuestiones ambientales debieron ser abordadas, en conformidad con lo dispuesto por la Decisión N° 1/92 del CMC en los Subgrupos de Trabajo N° 8 y 9, dedicados a la Política Agrícola y a la Política Energética, respectivamente

<sup>41</sup> <http://MERCOSUR.medioambiente.gov.ar/?IdArticulo=191> y <http://MERCOSUR.medioambiente.gov.ar/?IdArticulo=185>.

Precisamente, uno de los progresos remarcables fue la encomienda al Subgrupo de Trabajo N° 6, por parte del GMC – Resolución N° 38/95-, para la elaboración de un verdadero instrumento jurídico sobre el medio ambiente para el bloque<sup>42</sup>.

Comenzó de esta manera la elaboración de un Proyecto de Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre Medio Ambiente, cuya redacción fue concluida en Asunción, en marzo de 1999. No obstante, la idea de un protocolo adicional fue abandonada al año siguiente. Constituyó un proyecto amplio, comprensivo de una vasta problemática ambiental<sup>43</sup>. Muchas de las propuestas fueron incorporadas en el texto del que después sería el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente, aunque como bien lo ha destacado Roberta Garabello, éste último instrumento constituyó un retroceso en relación al proyecto de protocolo<sup>44</sup>.

Las reuniones del SGT N° 6, -de la misma forma que las reuniones de los Ministros del área-, se sucedieron hasta nuestros días, fijándose fructíferos “programas de trabajo”. Sirva como demostrativa de la actividad desarrollada, el informe sobre cumplimiento del programa de trabajo 2011, aprobado en la LVII Reunión Ordinaria(43<sup>a</sup>). Entre los temas abordados pueden destacarse la implementación del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur; la implementación de la Dec. CMC N°26/07 sobre “Política de Promoción y Cooperación en Producción y Consumo Sostenible en el Mercosur”; la implementación de la “Estrategia Mercosur de lucha contra la Desertificación y Combate a los efectos de

---

<sup>42</sup> A partir de la creación del Subgrupo, las cuestiones ambientales habían encontrado un marco institucional en el MERCOSUR. Entre abril de 1995 y junio de 2008, el Subgrupo mantuvo cuarenta y cinco reuniones ordinarias y ocho reuniones extraordinarias.

<sup>43</sup> Cf. nuestro trabajo “Las competencias del MERCOSUR en el campo del medio ambiente”, en *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration. The Case of the European Community, the MERCOSUR and the Nafta*, Edited by Tullio Scovazzi, giuffrè editore, 2001, pp. 148-150.

<sup>44</sup> Cf. “Una politica ambientale per il MERCOSUR? Luci ed ombre di uno sviluppo incerto”, en *Comunicación e Studi, Istituto di Diritto Internazionale e Straniero della Università di Milano* Vol. XXII, Milano, 2002, pp. 720-721. “Come si è constatato -sostiene esta autora- la seconda versione del Protocollo giunta al GMC costituiva un indebolimento della disciplina rispetto alla prima. L’attuale Acordo-quadro rappresenta un ulteriore passo indietro”.

la Sequía”; la implementación del proyecto de Sistema de Información Ambiental del Mercosur, seguimiento de los proyectos de Cooperación en el ámbito del SGT N° 6 (entre ellos Mercosur/Unión Europea y Mrecosur/AECID) y la negociación para elaborar propuestas sobre iniciativas para fortalecer la presencia del bloque en Río + 20.

De más está señalar, que estas consideraciones no han pretendido examinar in totum la intensa actividad cumplida por el SGT N°6, sino destacar algunos aspectos de la tarea emprendida.

#### **4. El acuerdo marco sobre medio ambiente**

Este Acuerdo, aprobado por la Decisión N° 02/01 del CMC<sup>45</sup>, entraría en vigor el 27 de junio de 2004. En el Preámbulo se destaca –inter alia– la necesidad de que los Estados Partes aseguren la cooperación para la protección del medio ambiente y la utilización sustentable de los recursos naturales, la importancia de la participación de la sociedad civil para alcanzar tales objetivos, y la importancia de la cooperación entre los Estados Partes en orden a implementar los compromisos internacionales en materia ambiental. Asimismo, se reafirman los preceptos atinentes al desarrollo sustentable incorporados en la Agenda 21, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en 1992 y se declara la necesidad de complementar las políticas comerciales y ambientales para asegurar el desarrollo sustentable en el marco del MERCOSUR.

El Capítulo I, está referido a los principios. Se reafirma en el primer dispositivo el compromiso de los Estados Partes con los principios enunciados en la Declaración de Río de 1992, y en el segundo, el compromiso de instrumentar la aplicación de dichos principios, que no hayan sido objeto de tratados internacionales. El Artículo 3°, enumera a título ejemplificativo algunas acciones para asegurar la implementación del Acuerdo, entre ellas la promoción de la protección del medio ambiente y del aprovechamiento eficaz de los recursos disponibles mediante la coor-

---

<sup>45</sup> [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy), normativa, decisiones.

dinación de las políticas sectoriales en el marco de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio; la incorporación del “componente ambiental” en las políticas sectoriales y la inclusión de las “consideraciones ambientales” en la toma de decisiones que se adoptaran en el MERCOSUR; la promoción del desarrollo sustentable mediante el apoyo recíproco entre los sectores ambientales y económicos; el tratamiento prioritario e integral de las causas y las fuentes de los problemas ambientales; el fomento de la internacionalización de los “costos ambientales” mediante el uso de instrumentos económicos y regulatorios de gestión.

Cabe recordar, como lo señaláramos inicialmente, que los aludidos principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio, fueron incorporados en el Preámbulo del Tratado de Asunción de 1991.

En el único dispositivo que contiene el Capítulo II, se enuncia el objeto del instrumento, cual es el desarrollo sustentable y la Protección del medio ambiente “mediante la articulación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales, contribuyendo a una mejor calidad del ambiente y de la vida de la población”.

La cooperación en materia ambiental se encuentra regulada el siguiente Capítulo, que contiene tres dispositivos. El Artículo 5 se refiere al compromiso de cooperar en el cumplimiento de los acuerdos internacionales que contengan “materia ambiental”, de los cuales fueran partes, cooperación que debe incluir la adopción de políticas comunes de protección ambiental, la conservación de los recursos naturales, la promoción del desarrollo sustentable, la presentación de comunicaciones conjuntas y el intercambio de información sobre las posiciones nacionales en los foros internacionales ambientales.

El Artículo 6° aborda las acciones que deben implementar los Estados Partes. La larga lista comprende el incremento de información sobre leyes, reglamentos, procedimientos, políticas y prácticas ambientales, en particular aquellas que puedan afectar al comercio o a las condiciones de competitividad en el ámbito del MERCOSUR; la incentivación de políticas e instrumentos nacionales en materia ambiental; la armonización de legislaciones ambientales; la identificación de fuentes de financiamiento a los efectos de la implementación del Acuerdo; la contribución a la promoción de condiciones de trabajo ambientalmente saludables y seguras; la contribución para que en los foros del MERCOSUR consideren los aspectos ambientales pertinentes; la adopción de políticas, procesos pro-



ductivos y servicios no degradantes del medio ambiente; la incentivación de la investigación científica y el desarrollo de tecnologías limpias; la promoción del uso de instrumentos económicos de apoyo a la ejecución de las políticas de protección del medio ambiente; la armonización de las directrices legales e institucionales para prevenir, controlar y mitigar los impactos ambientales en los Estados Partes; la necesidad de brindar “en forma oportuna” información sobre desastres y emergencias ambientales que pudieran afectar a los demás Estados Partes y, si fuera posible, proporcionar apoyos técnicos y operativos; la promoción de la educación ambiental formal y no formal; el desarrollo de acuerdos sectoriales, en temas específicos en orden a lograr el objetivo del Acuerdo.

En orden al cumplimiento de alguno de estos objetivos, como se verá, se suscribió un protocolo adicional.

El siguiente artículo, consagra el compromiso de los Estados Partes en orden a acordar pautas de trabajo que contemplen las áreas temáticas previstas en el anexo. Tales áreas temáticas han sido divididas en cuatro subáreas: Gestión sustentable de los recursos naturales; calidad de vida y planeamiento ambiental; instrumentos de política ambiental, y actividades productivas ambientalmente sustentables.

En la primera, se han incluido cuestiones tales como fauna y flora silvestre, bosques, áreas protegidas, diversidad biológica, bioseguridad, recursos hídricos, recursos ictícolas y acuícolas, y conservación del suelo. En la segunda, materias tales como saneamiento básico y agua potable, residuos urbanos e industriales, residuos peligrosos, sustancias y productos peligrosos, protección de la atmósfera y calidad del aire, planificación del uso del suelo, transporte urbano y fuentes renovables y/o alternativas de energía. En la tercera subárea, legislación ambiental, instrumentos económicos, educación ambiental, instrumentos de control ambiental, evaluación de impacto ambiental, contabilidad ambiental, gerenciamiento ambiental de empresas, tecnologías ambientales, sistemas de información, emergencias ambientales, valoración de productos y servicios ambientales. Entre las actividades productivas ambientalmente sustentables, se mencionan el ecoturismo, la actividad agropecuaria sustentable, la gestión ambiental empresarial, el manejo forestal sustentable y la pesca sustentable.

Un examen de las cuestiones ambientales contenidas en el anexo referido a las áreas temáticas, pone de manifiesto el carácter bastante

exhaustivo de la enumeración. Muchas de ellas, como se verá, han sido objeto de tratamiento en los órganos y reuniones del MERCOSUR.

El Acuerdo, al ser un instrumento “marco”, sólo consagra obligaciones genéricas, cursos de acción, directrices, y hasta “anhelos”. Es un instrumento programático que necesita ser complementado por otros instrumentos o protocolos o actos normativos de los órganos del Mercosur que materialicen e impongan obligaciones concretas. Sin duda, pese a esta característica, constituye un avance significativo en la consideración de los problemas ambientales, y suple las carencias del Tratado de Asunción y del Protocolo de Ouro Preto.

#### *4.1. El Protocolo Adicional en materia de cooperación y asistencia ante emergencias ambientales*

En orden a complementar el Acuerdo examinado, se suscribió en Puerto Iguazú, el 7 de julio de 2004, un Protocolo Adicional en materia de cooperación y asistencia ante emergencias ambientales<sup>46</sup>.

El Protocolo, siguiendo una práctica usual en los instrumentos internacionales codificadores, dedicó su primer dispositivo a las definiciones de los términos utilizados. Así, se define como emergencia ambiental la “situación resultante de un fenómeno de origen natural o antrópico que sea susceptible de provocar daños al ambiente o a los ecosistemas y que, por sus características, requiera asistencia inmediata”. De conformidad con esta definición, es necesario que concurren varias condiciones. En consecuencia, no cualquier emergencia queda comprendida en el ámbito del Protocolo. Por “puntos focales”, debe entenderse “los organismos competentes que cada Estado Parte identifique como tales para intervenir en caso de emergencias ambientales”. Esta última definición recepta una terminología frecuentemente usada en otros instrumentos sobre la materia.

El “objeto” del Protocolo – Artículo 2º- es que las partes contratantes, a través de sus puntos focales, se presten cooperación recíproca y asistencia cuando se produzca una emergencia que tenga consecuencias

---

<sup>46</sup> <http://mercosur.medioambiente.gov.ar/?IdArticulo=1117>

efectivas o potenciales en el medio ambiente o en la población de su propio territorio o de otros Estado Parte, de acuerdo con las disposiciones establecidas en el instrumento.

Las Partes – Artículo 3º- se obligan a desarrollar acciones conducentes a armonizar procedimientos para actuar en los casos de emergencias ambientales, implementándose la cooperación mediante: el intercambio de información previa de situaciones que requieran medidas comunes de prevención o que pudieran derivar en una emergencia ambiental; a intercambiar; el intercambio de información y experiencias de prevención, mitigación, alerta, respuesta, reconstrucción y recuperación; el intercambio de información sobre tecnologías aplicables; la planificación conjunta para la reducción de riesgos; la elaboración de planes para orientar la actuación conjunta; la incorporación de estadísticas sobre emergencias ambientales al Sistema de Información Ambiental del MERCOSUR (SIAM); la creación de un banco de expertos en la materia; la utilización de personal y medios de un Estado Parte a solicitud de otro; la prestación de apoyo técnico y logístico a los efectos; y la capacitación de recursos humanos.

El Protocolo determina también los procedimientos para la información o notificación, y para la solicitud de asistencia – Artículos 4 y 5- . En orden a la información se establece un mecanismo que requiere la utilización de un formulario. Igualmente, prescribe la obligación del punto focal del estado Parte en cuyo territorio se hubiera producido la emergencia ambiental de comunicar “inmediatamente después de haber tomado conocimiento del evento”, al o a los puntos focales de los Estados en cuyo territorio pudiera tener consecuencias efectivas o potenciales. Se regula el contenido de la notificación<sup>47</sup> y la necesidad de elaborar un informe final a cargo del estado Parte donde hubiere ocurrido la emergencia, que contemple los detalles del hecho y las recomendaciones consideradas pertinentes en materia de prevención.

---

<sup>47</sup> “El Estado Parte que origina la notificación invitará a los Puntos Focales de los Estados Partes, efectiva o potencialmente afectados, a designar expertos para conformar una Comisión de Especialistas, que tendrán por objeto evaluar la situación inicial, su desarrollo y recomendar soluciones técnicas destinadas a minimizar los efectos dañosos”.

El procedimiento de asistencia comprende el envío de una misión de evaluación y análisis de necesidades; el tipo de asistencia que fuere necesaria; las medidas a adoptar cuando la emergencia del hecho no admitiera demora y la forma de actuación del personal del Estado Parte requerido<sup>48</sup>.

También se ha reglado la información que deben brindar los Estados Partes sobre la misión de asistencia o evaluación de daños y análisis de necesidades, como nombre del funcionario responsable, personal, equipo, etc. El Estado Parte que efectuó la notificación y pedido de asistencia debe facilitar el ingreso de la misión de evaluación o asistencia, como así también de los materiales y equipos a emplear (Artículos 6 y 7).

Los restantes dispositivos del Protocolo se refieren al financiamiento, al intercambio de información y experiencias, y a la individualización por los Estados Partes de los Puntos Focales que pueden efectuar o recibir las notificaciones y comunicaciones en caso de emergencias ambientales.

Muchas pautas y procedimientos incorporados tienen sus antecedentes en otros instrumentos elaborados con motivo de accidentes o emergencias ocurridos en un Estados que comprometieron o afectaron el me-

---

<sup>48</sup> Artículo 5°: 1. Los Puntos Focales que reciban notificación y solicitud de asistencia en caso de una emergencia ambiental podrán enviar al lugar del hecho, para conocer el fenómeno ‘in situ’, una misión de evaluación de daños y análisis de necesidades. 2. Cuando la capacidad local de respuesta a la emergencia con los medios y recursos locales existentes en el propio territorio sea excedida, las autoridades competentes de dicho territorio, mediante el empleo del formulario que consta en Anexo del Presente Protocolo, comunicará a través del Punto Focal a las otras y solicitará, cuando fuera el caso, el tipo de asistencia que resulte necesaria. 3. Cuando la urgencia del hecho no admita demora, las autoridades del nivel operativo local del territorio afectado podrán efectuar la comunicación directamente a las autoridades del nivel operativo del país vecino, sin perjuicio de la solicitud de asistencia enviada simultáneamente al respectivo Punto Focal nacional. Las autoridades locales requeridas solamente actuarán mediante la autorización previa de ese Punto Focal. 4. Los integrantes del personal del Estado Parte requerido sólo podrán ser afectados en tareas de colaboración vinculadas en las acciones que requiera la emergencia manteniendo en todo momento su estructura operacional, relación de mando y régimen disciplinario conforme a los establecido por sus leyes y reglamentos, quedando prohibido su empleo en tareas de mantenimiento del orden público, como su participación en la ejecución de medidas extraordinarias de carácter administrativo que supongan la suspensión o restricción de derechos garantizados constitucionalmente por los Estados Partes”.

dio ambiente de otros Estados, generalmente vecinos. Tal es el caso, de la Convención sobre la Pronta Notificación de Accidente Nuclear y de la Convención sobre Asistencia de Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, adoptados en 1986, en la Conferencia General del Organismo Internacional de Energía Atómica, después del accidente nuclear de Chernobyl. En el marco del MERCOSUR, existen otros documentos sobre estas situaciones, que examinaremos más adelante.

Se trata de un instrumento de gran utilidad, que pretende establecer pautas de comportamiento bastante exhaustivas para eventos que requieran la actuación conjunta y la cooperación entre los Estados Partes del Protocolo, hechos que, como acertadamente se ha dispuesto, deben tener cierta gravedad. No obstante -como muchos otros instrumentos y normas adoptadas en el seno del MERCOSUR-, no se encuentra en vigor por falta de cumplimiento por los Estados Partes de los procedimientos pertinentes.

La regulación de las múltiples materias aludidas en el anexo del Acuerdo Marco de 2001, especialmente a través de instrumentos como el Protocolo analizado precedentemente, no ha experimentado mayores avances.

Cabe señalar que en 2002 –Resolución N° 45/02<sup>49</sup>–, el Grupo Mercado Común aprobó las nuevas pautas negociadoras del Subgrupo de Trabajo N° 6 “Medio Ambiente”, actualización que respondía a los avances registrado en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible realizada en Johannesburgo, Sudáfrica, en agosto y septiembre de tal año y la Iniciativa Latino-Americana sobre Desarrollo Sustentable adoptada por los Ministros de Medio Ambiente de América Latina y el Caribe. Tales “pautas”, comprendían cuestiones tales como Medidas no arancelarias, competitividad y medio ambiente, temas sectoriales, implementación del Acuerdo Marco de Medio Ambiente del MERCOSUR, instrumentos y mecanismos para la mejoría de la gestión ambiental, sistema de información ambiental (SIAM), el medio ambiente como generador de oportunidades en el marco del desarrollo sustentable, la protección y gestión de la base de recursos naturales para el desarrollo económico y social, la gestión ambientalmente adecuada de sustancias y productos químicos peligrosos y acompañamiento de la Agenda Ambiental Internacional. En va-

---

<sup>49</sup> [http://www.mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/resoluciones/2002/Res\\_045\\_002\\_P](http://www.mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/resoluciones/2002/Res_045_002_P).

rios de estos temas se fijaron plazos para alcanzar las metas, en otros la acción debía ser permanente.

## 5. Acuerdos internacionales

En el ámbito convencional –tratados y acuerdos suscritos por los países del MERCOSUR en su conjunto y por el MERCOSUR con terceros Estados u otras organizaciones internacionales de integración, las cuestiones ambientales aparecen con características muy particulares. En efecto, el Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Miembros y el MERCOSUR y los Estados Partes, de 15 de diciembre de 1995<sup>50</sup> destaca ya en el Preámbulo la trascendencia que otorgan las Partes a los principios y valores incorporados en la Declaración Final de la Conferencia de Río de 1992, y en la Declaración Final de la Cumbre Social de Copenhague, de 1995. El Artículo 13, referido a la cooperación energética, señala que ésta debe orientarse a fomentar el acercamiento de sus economías en los sectores energéticos, “teniendo en cuenta su utilización racional y respetuoso con el medio ambiente”. El Artículo 17, referido específicamente a la cooperación en materia de protección del medio ambiente, consagra objetivos comunes, como la promoción de la protección del medio ambiente y la utilización racional de los recursos naturales, y la prestación de una especial atención a las medidas referidas a la dimensión mundial de los problemas ambientales. Para hacer efectiva tal cooperación, la acción debía centrarse en el intercambio de información y de experiencias, en la capacitación y educación ambiental y en la asistencia técnica, ejecución de proyectos conjuntos de investigación y la asistencia institucional. Se pergeñó un Consejo de Cooperación para supervisar la puesta en ejecución del Acuerdo, con la asistencia de una Comisión Mixta de Cooperación (Artículos 25 y 27).

El Acuerdo o Entendimiento entre el MERCOSUR y Canadá, de 16 de junio de 1998<sup>51</sup>, que regula la cooperación en materia de comercio e inversiones, incluye un Plan de Acción entre las Partes. En éste se prevé

---

<sup>50</sup> Cf. Texto en Boletín Oficial del MERCOSUR, Año II, N° 5/98, Junio 1998, p. 183.

<sup>51</sup> MERCOSUR, Secretaría, Sector de Asesoría Técnica, Relevamiento N° 001/07, Medio Ambiente en el MERCOSUR, Montevideo, 13 de febrero de 2007.

la elaboración de entendimientos de cooperación en los campos del empleo y del medio ambiente, teniendo en cuenta las discusiones pertinentes en la Organización Mundial del Comercio y en la Organización Internacional del Trabajo, con vistas a promover la participación de la sociedad civil de ambas Partes en las relaciones bilaterales de comercio e inversiones.

Cabe señalar que los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR, antes y después de la celebración del Tratado de Asunción, suscribieron varios convenios y tratados vinculados con la protección y conservación del medio ambiente en general, o en relación con el aprovechamiento de determinados recursos naturales<sup>52</sup>.

En 2005, se suscribió un Acuerdo por Canje de Notas del Proyecto “Producción Sustentable/Competitividad y Medio Ambiente” con la República Federal de Alemania –Resolución N° 23/05 del GMC<sup>53</sup>–, siendo el objetivo del proyecto lograr que instituciones del sector público y privado de los países miembros del MERCOSUR fortalecieran su cooperación y aplicaran estrategias destinadas a mejorar la competitividad y la ecocompatibilidad.

## 6. La jurisprudencia arbitral

Los problemas ambientales y la interrelación entre algunos principios vigentes en el marco del MERCOSUR, han sido abordados por la juris-

---

<sup>52</sup> V. g., el Tratado entre Argentina y Chile sobre Medio Ambiente, de 1991 y el suscripto entre Argentina y Bolivia sobre la misma materia, en 1997( Cf. Bec, R. Eugenia “Tratados bilaterales de protección ambiental dentro del MERCOSUR”, en Revista de Derecho del MERCOSUR”, Buenos Aires, Año 2, abril 1998, pp. 201-203) Asimismo, algunos acuerdos sobre cursos de agua internacionales, regularon específicamente o complementariamente cuestiones ambientales. Tal es el caso del Tratado entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre el Río de la Plata y su Frente Marítimo, de 1974 y el Acuerdo de 26 de febrero de 1975 que estableció el Estatuto del Río Uruguay, donde se establecen normas vinculadas con la contaminación de las aguas y su prevención( Cf. Rey Caro, E. “La cooperación argentino-chilena en materia de uso y aprovechamiento de los recursos hídricos compartidos”, en Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, Vol. 11, 1994, p. 253-270).

<sup>53</sup> [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy), normativa, resoluciones.

prudencia arbitral del MERCOSUR. Surge como emblemática la controversia entre las República Oriental del Uruguay y la República Argentina sobre la importación de neumáticos remoldeados. La protección del medio ambiente y el principio de libre comercio y su compatibilización acapararon la atención de los pronunciamientos de los tribunales, en primer lugar de un Tribunal Arbitral Ad Hoc y luego, por vía del recurso de revisión, del Tribunal Permanente de Revisión<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Aunque estas reflexiones no están dirigidas al examen pormenorizado de la controversia entre ambos países, no podemos omitir algunos antecedentes del conflicto. En efecto, la República Argentina por Ley 25.626 de 9 de agosto de 2002 extendió para todo el territorio nacional de este país la prohibición de importación de neumáticos y cámaras neumáticas recauchutadas. Con anterioridad, algunas normas administrativas prohibían la importación de neumáticos usados hacia la Argentina. Uruguay alegó que hasta la sanción de la mencionada ley regía la libertad de importación de neumáticos remoldeados, que se incluyen en la categoría de recauchutados, habiendo producido las industrias uruguayas neumáticos remoldeados durante el periodo 1997-2001, productos estos que fueron exportados a la Argentina sin traba alguna. Tal libertad resultó conculcada por la aprobación y vigencia de la Ley 25.626. Asimismo, con posterioridad a la sanción de este instrumento legal, la Argentina importó neumáticos recauchutados de otros países, entre los que no figuraba Uruguay. Este país alegó, inter alia, que al extender aquel precepto legal argentino la prohibición de importación de los neumáticos remoldeados, se ignoró las diferencias existentes entre tales neumáticos y los usados; que el neumático remoldeado posee casi las mismas características de los neumáticos nuevos; que no existía impacto adicional al medio ambiente; que en la Argentina existían más de 70 plantas industriales que producían neumáticos reconstruidos, siendo los mismos utilizados libremente por los vehículos argentinos. También sostenía Uruguay que la ley argentina violaba el Tratado de Asunción, dispositivos de Derecho internacional aplicables en virtud de lo dispuesto en el Protocolo de Olivos, y los principios del Derecho de la integración. En definitiva Uruguay solicitó que el Tribunal declarara que la Argentina debía derogar tal dispositivo legal; que anulara todas las medidas de efectos similares, y que debía abstenerse en el futuro de adoptar otras medidas que pudieran tener efectos restrictivos y/o discriminatorios semejantes a las cuestionadas en la causa.

La República Argentina, entre otros argumentos, alegó que la Ley 25.626, caracterizada como una prohibición de carácter no-económico, estaba amparada en las hipótesis listadas en el Artículo 50 del Tratado de Montevideo, receptado en el Anexo I del Tratado de Asunción; y *que dicha ley constituía una medida preventiva destinada a evitar el daño potencial que los neumáticos remoldeados podían causar al medio ambiente, a la salud de las personas, animales y vegetales, comprometiendo el desarrollo de las generaciones presentes y futuras*. Este último, constituyó uno de los argumentos medulares de la postura argentina. En resumen, solicitaba al



El Tribunal Arbitral Ad Hoc, constituido de conformidad con lo establecido en el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, en su laudo del 25 de octubre de 2005, examinó el objeto de la controversia, los puntos no controvertidos, el derecho aplicable, los principios jurídicos en conflicto, el derecho y el caso concreto, y “los límites al derecho de la integración”. Más allá del interés que ofrece el capítulo de las conclusiones, es sin duda la dicotomía “libertad de comercio-protección ambiental”, la que monopoliza los razonamientos del TAH. Su valoración en el ámbito normativo del MERCOSUR fundamentalmente, es el elemento determinante de la solución adoptada. En alguna de las múltiples referencias a la preservación del medio ambiente y su valoración en el contexto del conflicto, sostiene “Reconocida la importancia fundamental de la protección al medio ambiente y adoptados los principios que orientan la aplicación de las normas de Derecho Ambiental, especialmente los principios de la cooperación entre los pueblos, preventivo y precautorio[...], el Tribunal entiende que la defensa del medio ambiente, desde que está fundada en justas razones, puede ser usada como excepción a las normas generales de la integración regional y, particularmente, aquellas que regulan el libre comercio entre los países del MERCOSUR”, y agrega en otro párrafo: “En el presente caso, siendo incuestionable el daño causado por los residuos de los neumáticos inservibles al medio ambiente y siendo, igualmente, inmune a las dudas que el ingreso en determinado país de neumáticos remoldeados incrementa su pasivo ambiental, cuando se compara tal incremento con el que sería causado por neumáticos nuevos, Argentina tuvo justa razón para aprobar la Ley N° 25.626, del 2002 y, por medio de ella, impedir el ingreso de neumáticos usados, recapados o remoldeados”. Por mayoría de votos, resolvió que la Ley N° 25.626 promulgada por la República Argentina en agosto de 2002 resultaba compatible con lo dispuesto por el Tratado de Asunción y su Anexo I, como así también con las normas derivadas de tal Tratado y con las disposiciones de Derecho internacional aplicables en la cuestión.

---

TAH que declarara que la norma legal argentina cuestionada por Uruguay era compatible con el Tratado de Asunción y de su Anexo I, así como con el ordenamiento jurídico del MERCOSUR y con las disposiciones del Derecho internacional aplicables en la materia.

Recurrido este pronunciamiento del Tribunal Arbitral Ad Hoc por la República Oriental del Uruguay, el Tribunal Permanente de Revisión igualmente examinó, *inter alia*, el alcance del recurso, las cuestiones de derecho, el objeto de la controversia, las cuestiones de derecho en revisión, las excepciones al principio de libre comercio, y los criterios de rigor para el análisis de la viabilidad de las excepciones al libre comercio. El TPR tras una evaluación que contrasta sustancialmente con la realizada por el TAH, revocó el laudo arbitral dictado por este último. Por mayoría determinó que la ley argentina en cuestión era incompatible con la normativa MERCOSUR.

En el laudo, el TPR afirma que a primera vista, nota que en realidad “en un esquema de integración no es que haya dos principios en conflicto o confrontación como equivocadamente en nuestra opinión sostiene el laudo en revisión en su numeral 55<sup>55</sup>. Existe un solo principio (el libre comercio), al cual se le puede anteponer ciertas excepciones (como por ejemplo la excepción medioambiental aludida) Asimismo, este TPR no concuerda en cuanto a lo sostenido por el laudo en revisión en su última parte del Numeral 55 donde estipula que el Tribunal ponderará la aplicación de los mencionados principios en confrontación (libre comercio y protección del medio ambiente) definiendo la prevalencia de uno sobre otro, teniendo en cuenta los dictámenes del derecho internacional. Este TPR entiende que la cuestión debatida en autos es la viabilidad o no de la excepción medio ambiental a tenor de la normativa mercosureña y no a tenor del derecho internacional”. El TPR sostiene que el “derecho de la integración” tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas

---

<sup>55</sup> El mencionado numeral del laudo del TAH, afirmaba “De este modo se confronta con argumentos de las Partes que implican un verdadero confronate entre principios estructurales del MERCOSUR. Habiendo este Tribunal admitido como punto indiscutible la decisión Argentina de prohibir la importación de neumáticos remoldeados para su territorio, así como que tal prohibición afectó determinado flujo de comercio originado en Uruguay, la decisión a ser adoptada llevará en consideración los hechos concretos que caracterizan el flujo de comercio de neumáticos remoldeados de Uruguay para Argentina[...]. Ponderará, asimismo el Tribunal la aplicación de los mencionados principios en confronate, es decir, el libre comercio y la protección del medio ambiente, definiendo la prevalencia de uno sobre el otro, teniendo en cuenta los dictámenes del Derecho Internacional y , muy especialmente, las peculiaridades del caso sub examen”.

del derecho y que primero debe aplicar el mismo y sólo subsidiariamente, el derecho internacional y agrega después que quien invoca una excepción al libre comercio –en este caso la salud, vida, personas, animales y la preservación del medio ambiente–, debe probarlo.

Sólo se han analizado algunos de los múltiples razonamientos utilizados por ambos tribunales para sustentar la decisión final. Surge de los mismos una visión diferente en cuanto a la interpretación de los principios vigentes en el MERCOSUR y desde luego, del lugar que ocupa la protección del medio ambiente en el contexto de un proceso de integración.

## **7. Consideraciones finales**

Las reflexiones precedentes permiten advertir que las cuestiones ambientales, aún antes de la celebración del tratado constitutivo, no fueron ajenas a los intereses de los países del MERCOSUR. Tanto en las décadas que le precedieron como en la etapa inmediatamente anterior, los Estados involucrados en el proceso de integración subregional se constituyeron en partes de importantes acuerdos internacionales sobre diversas materias atinentes a la protección y preservación del medio ambiente o participaron en importantes conferencias mundiales, más allá de los entendimientos regionales o bilaterales alcanzados en relación a determinados recursos naturales.

El Tratado de 1991 constituyó esencialmente un instrumento que perseguía objetivos de carácter económico-comercial, donde la problemática ambiental se encontraba tímidamente insinuada.

No obstante, las cuestiones ambientales se fueron incorporando en el proceso por obra de los principales órganos, el Consejo Mercado Común y el Grupo Mercado Común. Actos normativos emanados de tales órganos establecieron pautas y crearon instancias en las que los problemas ambientales fueron adquirieron mayor relevancia.

El Subgrupo de Trabajo N° 6 del Grupo Mercado Común, a partir de su creación, pasó a ser el foro más apropiado para la promoción de un cuerpo normativo y el delineamiento de políticas ambientales, aunque los problemas ambientales continuaron también en la órbita de otros foros como las Cumbres Presidenciales y las Cumbres de los Ministros del Medio Ambiente.

El Acuerdo Marco sobre el Medio Ambiente ha constituido uno de los instrumentos más relevantes, de los adoptados, pese a que el proyecto originario elaborado bajo la forma de un protocolo adicional al Tratado de Asunción contenía un núcleo de obligaciones concretas sobre la materia, que no fueron incorporadas integralmente en el Acuerdo.

Pese a la previsión de la adopción de instrumentos complementarios sobre temas concretos y seleccionados, sólo se adoptó un Protocolo Adicional al Acuerdo sobre cooperación y asistencia ante emergencias ambientales. Existen propuestas pendientes para la elaboración de otros protocolos, sin que hasta el momento tales iniciativas se hayan formalizado.

La problemática ambiental, sin duda, se instaló en el seno del MERCOSUR, pero más allá de los múltiples pronunciamientos de los diferentes órganos y foros, que por otra parte tienen distinto valor vinculante, dista mucho de la efectividad alcanzada en otros procesos de integración como, v.g., la actual Unión Europea. Estas mismas observaciones pueden extenderse a las “políticas ambientales”.

Es necesario señalar que existe una cuestión delicada, que afecta al sistema del MERCOSUR. Es la gran cantidad de normas adoptadas que no se encuentran vigentes por el incumplimiento por parte de los Estados Miembros de los procedimientos pertinentes.

La jurisprudencia arbitral de los tribunales del MERCOSUR ha puesto de manifiesto discrepancias sustanciales en cuanto a la trascendencia e importancia del principio de protección y preservación del medio ambiente en el sistema de integración subregional.

El señalado predominio de las metas económicas y comerciales en el proceso de integración quizá pudiera avalar una acción más autónoma de los Estados Partes del MERCOSUR en materia de medio ambiente, sin que ello implique sustraer esta problemática de aquel marco.

Cabe una advertencia: las consideraciones sobre la materia vertidas precedentemente solo constituyen una síntesis de los aspectos más relevantes de los problemas del medio ambiente en el MERCOSUR y de la forma en que han sido abordados. Podrían agregarse muchas cuestiones vinculadas con el medio ambiente que han merecido igualmente la atención en el seno del MERCOSUR. Una reseña de esta naturaleza, siempre resultará desactualizada, en razón de constituir una cuestión que se encuentra en permanente evolución. Con estas modestas reflexiones nos sumamos al merecido homenaje que se tributa a la reconocida jurista, docente de extraordinaria trayectoria y noble amiga, Zlata Drnas de Clément, quien, por otra parte, ha sido pionera en los estudios sobre el medio ambiente en el Mercosur.

# CONTRASTES ENTRE LAS CONCEPCIONES TEÓRICAS, LOS CRITERIOS JURÍDICOS Y LAS DECISIONES POLÍTICAS DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE ESTADOS Y DE GOBIERNOS

María Cristina RODRÍGUEZ DE TABORDA

Escribir para esta obra en homenaje a la Profesora Emérita Dra. Zlata Drnas de Clément representa una pequeña parte de mi reconocimiento a quien considero mi “bella y sabia amiga”. Zlata no sólo ha logrado demostrar excelencia académica sino que, además, con su sencillez, franqueza y paciencia ha sabido guiarnos en el estudio y la enseñanza del Derecho Internacional Público.

## 1. Teorías

El tratamiento doctrinal de la temática reconocimiento de estados y de gobiernos incluye tres distintos aspectos -legal, político y social- que pueden o no coincidir en el tiempo y son muestra del pensamiento vigente en diferentes épocas. Así, por ejemplo, durante el siglo XVIII la idea predominante fue el reconocimiento dentro de las naciones cristianas; en el XIX significaba el ingreso de un Estado a la “sociedad civilizada”<sup>1</sup>; a principios del XX el sistema de mandatos instituido en el Pacto de la Sociedad de las Naciones fue modelo de la visión eurocéntrica en el modo de concebir quiénes podían llegar a ser naciones independientes. Hubo

---

<sup>1</sup> James Crawford. *The Criteria for Statehood in International Law*. British Yearbook of International Law, 1977, p. 98.

que esperar hasta 1962 para que una opinión autorizada afirmara que la expresión “misión sagrada de civilización” empleada en este acuerdo no tenía contenido jurídico (Corte Internacional de Justicia, asunto *África Sudoccidental*, excepciones preliminares, 1962). En el supuesto de reconocimiento de gobiernos la práctica de los estados es más compleja y especulativa, por lo cual la moderna doctrina se limita al análisis de cada casuística sin hallar en el derecho internacional del ámbito universal más que débiles puntos de apoyo.

El enfoque legal se ajusta a criterios internacionales ampliamente aceptados, como lo es constatar la presencia de elementos esenciales de todo Estado como punto inicial de análisis sobre su existencia, mientras que con respecto a los gobiernos se mezclan conceptos tales como legitimidad, libre determinación interna, democracia representativa, estabilidad, etc. El enfoque político coincide con la idea de discrecionalidad relacionada con intereses nacionales o colectivos preestablecidos. Finalmente, el social se fundamenta en el proceso histórico-sociológico de formación del Estado, o en moldes culturales de cada sociedad nacional o de sociedades regionales que repercuten en la legitimación de los gobiernos. No obstante estos diferentes puntos de vista la obra de Hersch Lauterpacht -titulada *Recognition in International Law* - publicada por primera vez en 1947<sup>2</sup> - es referencia obligada de muchos estudios científicos sobre reconocimiento de Estados.

En la actualidad tales estudios se han visto fuertemente influenciados por desarrollos normativos que han impuesto mayores condicionamientos tanto en la esfera universal como regional al libre accionar soberano (p.ej. normas imperativas, respeto de los derechos humanos, principio democrático), pero sin que pueda evidenciarse la identificación de una regla general que abarque toda la casuística. Inclusive se ha llegado a expresar que el nacimiento de un Estado debe ser visto como un proceso sociológico<sup>3</sup> -pensamiento más cercano al planteado por Max Hubber en su infor-

---

<sup>2</sup> Al tratarse de una obra de post-guerra se evidencia la prioridad del derecho internacional respecto de la política y la interrelación entre deberes y derechos, aunque resalta el valor de la diplomacia en materia de reconocimiento.

<sup>3</sup> Martti Koskenniemi. *The Politics of International Law*. European Journal of International Law, 1990, n° 4.

me relativo al caso de las *Islas Aaland* en 1920<sup>4</sup> - o puesto en duda la operatividad del principio de no intervención frente a regímenes de gobierno que no se ajustan a parámetros políticamente subjetivizados.

Simultáneamente se observa que, si bien la existencia de un Estado suele ser conocida por los demás, ello no lleva a su reconocimiento y que tal acto traduce la tensión entre los intereses nacionales o colectivos y la realidad. Asimismo, que ya no importa sólo el comportamiento del Estado hacia fuera sino cómo se gobiernan los pueblos. Todas estas son cuestiones que las teorías siempre tratan de explicar o justificar interpretando los hechos históricos y analizando la normativa vigente que pueda ser relevante. Ninguna hasta el momento ha sido aceptada como concluyente para resolver los conflictos que se plantean ya que el lenguaje jurídico empleado puede ser interpretativo, descriptivo o sustentador de una posición, pero difícilmente determinativo atemporal y universalmente.

## 2. Reconocimiento de Estado

### a. Acto jurídico

El reconocimiento de Estado es la manifestación de voluntad por la cual un Estado acepta la personalidad internacional de otro. Es bien conocida la definición elaborada en 1936 por el Instituto de Derecho Internacional como *el acto libre por el cual uno o varios Estados constatan la existencia sobre un territorio determinado de una sociedad humana políticamente organizada, independiente de cualquier otro Estado existente, capaz de observar las prescripciones de Derecho In-*

---

<sup>4</sup> “With a view to the Aaland matter, it is noteworthy that Huber distinguishes between original and derived *births* of states, depending on whether or not a nation separates from an existing state. He explicitly recognizes that states, as natural organisms, can be divided and that new centres can be built in the detached part” (Cfr. Oliver Diggelmann. *The Aaland Case and the Sociological Approach to International Law*. European Journal of International Law, Vol. 18, nº 1, 2007, p.140).

*ternacional y manifiestan consiguientemente su voluntad de considerarlo como miembro de la Comunidad internacional.* Este enunciado fue precedido por el formulado en la “Convención Americana sobre Derechos y Deberes de los Estados” de 1933. En 1997 entró al estudio de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) dentro del tópico “Actos Unilaterales de los Estados” originando bastante confusión por abarcar otros tipos de reconocimiento (de territorios, de gobiernos, de comunidades beligerantes y de movimientos de insurrección)<sup>5</sup> y la existencia de posiciones enfrentadas entre sus miembros.

Normalmente es realizado mediante un acto jurídico unilateral que enuncia una declaración oficial dirigida al nuevo Estado y no requiere de su aceptación. En cambio, no es tan clara la unilateralidad cuando el reconocimiento se desprende expresamente de la formalización de un tratado, o de la recepción o envío de agentes diplomáticos y consulares habida cuenta de la necesaria expresión de voluntad de más de una entidad política para que tenga efectos jurídicos en derecho internacional<sup>6</sup>. Este tipo de reconocimiento ha sido calificado como tácito o implícito, porque se presume contenido en el consentimiento prestado por el Estado en relación a otra materia de este ordenamiento. En lo que hace a los tratados Pastor Ridruejo opta por la negativa. Citando a Verhoeven entiende que la práctica contemporánea se inclinaría a descartar toda presunción al respecto y que “los reconocimientos implícitos deducidos de los tratados bilaterales se han convertido en la excepción, si es que alguna vez

---

<sup>5</sup> “L’institution de la reconnaissance ne coïncide pas toujours avec l’acte unilatéral de reconnaissance. Un État peut reconnaître une situation ou une prétention juridique par toute une série d’actes ou de comportements. Il ne semble pas qu’il existe un catalogue des actes de reconnaissance mais il ne fait aucun doute qu’il existe des actes de reconnaissance susceptibles d’être identifiés comme tels, comme la reconnaissance d’États ou de gouvernements, de l’état de belligérance, de la neutralité, de la délimitation des frontières ou de la souveraineté”. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 2003, vol. I, actas resumidas de las sesiones del quincuagésimo quinto período de sesiones, 5 de mayo-6 de junio y 7 de julio-9 de agosto de 2003, p. 15 (A/CN.4/529, sect. C, A/CN.4/5341, A/CN.4/L.646).

<sup>6</sup> Arts. 1 y 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y art. 2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.



fueron la regla”<sup>7</sup>. Afirmar que “la conclusión de tratados bilaterales sólo significa en principio el reconocimiento del *treaty-making power* (capacidad para concluir tratados)”<sup>8</sup>. En su obra *Droit International Public* – publicada en 2000- Verhoeven parece adoptar otra idea, porque afirma que el tratado se contenta con yuxtaponer dos reconocimientos individuales cuyos efectos, cualquiera que ellos sean, no son jurídicamente dependientes del consentimiento de los contratantes y que la “identificación” que procura el reconocimiento es, en sí, perfectamente extraña a la fuerza obligatoria de las convenciones internacionales<sup>9</sup>.

Algunas prácticas estatales parecieran contrarias a esta segunda argumentación. Así, España celebró con la República Argentina acuerdos que no llegaron a ser ratificados (Convención preliminar de Paz de 1823 y los tratados de 1857 y 1859) y nuestro país recién fue reconocido formalmente con el tratado de 21 de septiembre de 1863. En el siglo XX numerosos tratados de estados europeos con la República Democrática Alemana no incluyeron el reconocimiento porque consideraban que era territorio ocupado por tropas soviéticas (v.g. los convenios comerciales y de comunicaciones de 1958 y 1959 entre Finlandia y la República Democrática Alemana cubrían aspectos técnicos faltando el reconocimiento diplomático; el acuerdo comercial entre Francia y la “zona oriental de Alemania” de 1958 tenía similar finalidad<sup>10</sup>).

En la actualidad es imposible afirmar que los acuerdos entre Israel y los representantes del pueblo palestino puedan identificarse como actos de reconocimiento del Estado de Palestina. Un recorrido histórico de algunos instrumentos internacionales demuestra esta tendencia. En 1993 el gobierno israelí y la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) intercambiaron notas de reconocimiento mutuo y suscribieron la Declaración de Principios sobre un gobierno autónomo provisional palestino

---

<sup>7</sup> José Pastor Ridruejo. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Ed. Tecnos, Sexta edición, 1996, p. 319.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 319.

<sup>9</sup> Joe Verhoeven. *Droit International Public*. Ed. Larcier, Bruselas, 2000, p. 66.

<sup>10</sup> Jean Charpentier. *Pratique française du droit International*. Anuaire Français du Droit International, Vol. 8, 1962, pp. 1023-1024.

(Acuerdos de Oslo). Mediante el Acuerdo de El Cairo de 1994 la franja de Gaza y la zona de Jericó de la Rivera Occidental quedaron bajo la Autoridad Provisional Palestina, a la que no se le otorgaron facultades y responsabilidades en la esfera de las relaciones internacionales. Para 2009 el Consejo de Seguridad de la ONU aprobó la Resolución 1860 donde simplemente alude a la existencia de dos Estados (Palestina e Israel) como requisito para el logro de una paz completa en la región. Finalmente en 2012 la Asamblea General admitió a Palestina en el carácter de Estado Observador no miembro de las Naciones Unidas (Resol. 67/19 de 29 de noviembre de 2012). La respuesta del gobierno israelí a esta decisión adoptada es sumamente relevante, pues afirma que tal acto colectivo no puede crear un Estado palestino, que su existencia como tal depende del control territorial por parte del gobierno, capacidad que niega respecto a la Autoridad Autónoma Palestina en la región de Gaza, y que tal entidad soberana únicamente puede emerger del resultado de negociaciones bilaterales<sup>11</sup>.

A mayor abundamiento debemos recordar que, durante las sesiones de la CDI llevadas a cabo en 2003, algunos miembros formularon distintos planteos sobre esta temática, lo cual hace pensar que la discusión no está agotada. Por ejemplo, Koskenniemi se preguntó por qué en la práctica el reconocimiento comprende la declaración gubernamental por vías diplomáticas y excluye el acto formal de un tratado bilateral cuyo objeto no hace referencia expresamente al reconocimiento de Estado; Kolodkin propuso examinar el reconocimiento sólo en la medida que se expresara en un acto unilateral, excluyendo el que resulta del establecimiento de relaciones diplomáticas o de otros acuerdos<sup>12</sup>. Por su parte, teniendo presente que el acto es muy particular y que sus características no son siempre similares a las de otros actos de reconocimiento, el Relator Especial Rodríguez Cerdeño afirmó que un acto unilateral, en principio y en general, no debía estar sometido a condiciones, caso contrario crearía una relación convencional si el destinatario acepta esas condiciones<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> A 2013 el Estado de Palestina ha sido reconocido por 132 países.

<sup>12</sup> A/CN.4/529, sect. C, A/CN.4/5341, A/CN.4/L.646, sesión de la CDI del 10 de julio de 2003, pp. 163 y 165.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 169.

*b. Discrecionalidad*

Pese a lo aseverado por *Lauderpacht* no pareciera existir un deber de reconocimiento derivado del derecho internacional general aun cuando esa nueva entidad exista como Estado. También cabe acotar que, aunque no hubiese tal obligación, como la soberanía no es una delegación del derecho internacional, aquellos estados que no aceptan a otro como miembro de la comunidad internacional por motivaciones exclusivamente políticas tienen deberes básicos cuyo respeto suele imponerse a través de mecanismos colectivos de disuasión. Un razonamiento diferente contradeciría la conducta internacional de las dos Alemanias, de las dos Coreas o de los países árabes respecto a Israel.

En líneas generales la práctica de los estados revela que es libre y discrecional. Así lo afirma el Relator Especial de la CDI cuando expresa que *no se habría establecido ninguna regla general de derecho internacional que determine la obligatoriedad de reconocer una situación o una pretensión jurídica*. Considera que *la discrecionalidad sigue siendo fundamental en la formulación del acto* y si una obligación pudiere existir en ese contexto, ella será de origen convencional<sup>14</sup>. Por nuestra parte estimamos que la discrecionalidad no es lo esencial en la formulación del acto, sino la intención de reconocer. Baste para ello señalar que aquél sometido a condiciones, fijadas de común acuerdo entre varios estados que no lleguen a transformarse en un tratado u ordenadas por el Consejo de Seguridad, pierde, en parte, discrecionalidad.

Otro problema que plantea la discrecionalidad es el vinculado al nacimiento del Estado y el reconocimiento prematuro. Aunque corresponda al derecho internacional regular infinidad de comportamientos estatales, como su existencia es un hecho la dificultad subyace en la determinación del momento a partir del cual reúne sus elementos constitutivos -especialmente cuando debe atribuírsele responsabilidad internacional- y en la ausencia de una regla aplicable a todas las situaciones que se plantean. De allí que no baste la constatación de estos elementos, ni tampoco la fecha de la declaración formal de independencia puede considerarse una prueba indubitable.

---

<sup>14</sup> Párr. 39 y 40. A/CN.4/534.

Crawford sostiene que a menudo se afirma que la formación de un Estado es una materia de hecho y no de derecho, eliminando la posibilidad de que su creación se rija por reglas distintas al llamado principio de las efectividades, cuestión que induce a confusión al tratarse de un principio legal. Cita el artículo 1 de la “Convención americana sobre los derechos y deberes de los Estados” de 1993 como la mejor formulación de los criterios básicos legales en materia de existencia de un Estado: población permanente, territorio delimitado, gobierno y capacidad para entrar en relación con otros estados. Para este jurista el último requisito no es un criterio sino una consecuencia, siendo la independencia la más central<sup>15</sup>. Ruiz-Fabri afirma que la efectividad es un término aplicado a una situación que existe en los hechos, que el principio expresa la parte de realismo del derecho internacional y que en el supuesto de nacimiento de un Estado la efectividad debe revelarse a través de la constatación, la que es una apreciación sobre la reunión de elementos básicos. Cita como ejemplo la situación de Palestina<sup>16</sup>.

A los criterios objetivos relacionados con los fundacionales del Estado se suman valoraciones subjetivas que, ante la falta de coincidencia, restan posibilidad de construir una *opinio iuris* en la comunidad internacional. Otras veces la *opinio iuris* general disiente del reconocimiento formulado por algunos estados, aún cuando la proclamación de una entidad como independiente se apoye en la reunión de territorio, población y gobierno. Un ejemplo actual es Osetia del Sur, región de Georgia que se declaró independiente en 1992, reconocida muchos años más tarde por sólo cinco países (Federación Rusa, Nicaragua, Venezuela, Nauru y Tuvalu) y ocupada por fuerzas rusas que impiden el control territorial por el gobierno georgiano<sup>17</sup>. Frente a este tipo de actos existe suficiente conformidad doctrinaria en sostener que el reconocimiento prematuro conlleva una violación del derecho internacional por oponerse a la regla de la no

---

<sup>15</sup> James Crawford. Op. cit., p. 98, 112, 120 y ss.

<sup>16</sup> Hélène Ruiz-Fabri. *Genèse et disparition de l'État à l'époque contemporaine*. Annuaire français de droit international, vol.38, 1992, p. 166.

<sup>17</sup> Es tan curiosa la situación que Osetia del Sur reconoció a Adjasia del Sur (región que también proclamó su secesión de Georgia), a la República Moldava de Dniestr (que se declara independiente de Moldavia) y del Alto Karabagh (secesionada de Armenia).

intervención. También que es probable que interfiera con la prohibición de hacer uso de la fuerza contra la integridad territorial y soberanía política, hecho que invalidaría la creación de un nuevo Estado.

La naturaleza jurídica del acto no le priva de su carácter político al manifestar la voluntad del Estado en materia de asuntos exteriores respecto de una entidad soberana. El mismo Relator Especial de la CDI describió al reconocimiento como un acto político que produce efectos jurídicos<sup>18</sup>. Esta particularidad fue patentizada con los comportamientos de los países occidentales frente a la disolución de la Unión Soviética y de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, adoptando diferentes metodologías:

- a) La Federación Rusa no fue reconocida como nuevo Estado sino como continuadora de la URSS;
- b) Lituania, Letonia y Estonia fueron considerados como estados subsistentes a la anexión soviética, por lo que tampoco hubo reconocimiento;
- c) Las demás repúblicas soviéticas fueron reconocidas como nuevos estados, inclusive Ucrania y Bielorusia, quienes eran miembros de las Naciones Unidas desde 1945;
- d) La pretensión de la República Federal Yugoslava de ser continuadora de la anterior no fue admitida y cada nuevo Estado obtuvo su reconocimiento por separado<sup>19</sup>.
- e) En la práctica Estados Unidos reconoció a los países surgidos del desmembramiento de la Unión Soviética clasificándolos en tres categorías y, además, anunció que apoyaba a la Federación Rusa como miembro permanente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>20</sup>.

El reconocimiento trae aparejado consecuencias legales, quizás la más clara sea confirmar que tiene personalidad internacional de acuerdo

---

<sup>18</sup> Párr. 36.

<sup>19</sup> Brigitt Stern. *La succession d'Etats*. Recueil des Cours, vol. 262, 1996, p. 61 y ss.

<sup>20</sup> La declaración relativa a su membresía no resultaba más que la aceptación de lo dispuesto por las once ex repúblicas soviéticas en el artículo 1 del Protocolo de Alma-Atá de 1991.

a las reglas del mismo sistema jurídico que regulan la admisión de una nueva entidad soberana habilitada, no sólo para contraer obligaciones internacionales y reclamar por sus derechos sino también para participar en la creación de normas<sup>21</sup>. De esta circunstancia emana otra consecuencia pues, aunque exista oposición de algunos estados, son las leyes internacionales las que caracterizan a un reconocimiento como válido o inválido y una negativa no puede anular el efectuado por los demás. Inclusive sería bastante dudoso que aquellos que votan a favor del ingreso de un Estado a una organización internacional puedan alegar no reconocerlo<sup>22</sup>. En este sentido, la admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas representa el reconocimiento de su preexistencia como entidad política independiente por parte de un sujeto internacional que no es Estado y que, no sólo posee indiscutible autoridad universal, sino que representa un modo de organización del sistema legal internacional. Por supuesto que tampoco es un modo perfecto, porque la metodología de admisión depende de dos órganos (Asamblea General y Consejo de Seguridad), uno de los cuales hace prevalecer su voluntad aún cuando sea minoritario en número<sup>23</sup> y el empleo del veto impide cualquier posibilidad al respecto.

La discrecionalidad repercute en otros aspectos no menos importantes. Tal como lo expresó en su opinión separada el juez de la Corte Internacional de Justicia Veeramantry, respecto al *principio de la tabla rasa* y su vinculación con los tratados sobre derechos humanos, cabe la posibilidad que un nuevo Estado no pueda adherir a ellos y, mientras más extenso sea el lapso que separa la proclamación de la independencia del reco-

---

<sup>21</sup> Ben Cheng. Introduction to Sujets of International Law. *International Law. Achievements and Prospects*. UNESCO, Netherlands, 1991. P. 23.

<sup>22</sup> “Le 25 octobre 1961, le représentant de la France a voté en faveur de l’admission de la République populaire de Mongolie, aux Nations Unies. La France a ainsi admis que cet Etat remplissait les conditions posées par l’article 4 de la Charte pour l’admission de tout nouveau membre de l’Organisation. Dans ces conditions, la question de la reconnaissance ne se pose plus. En ce qui concerne l’établissement de relations diplomatiques avec cet Etat, il s’agit d’une question d’opportunité au sujet de laquelle le Gouvernement français n’est lié par aucune obligation” (Cf. *Annuaire français de Droit International*, n° 8, 1962, p. 1023).

<sup>23</sup> CIJ. Opinión consultiva sobre *competencia de la Asamblea General para admitir un nuevo miembro* (1950).

nocimiento, más espacioso será el período durante el cual sus nacionales serán privados de protección<sup>24</sup>. Téngase presente que el comportamiento de los miembros de la Comunidad Europea para el reconocimiento de los nuevos estados surgidos de los desmembramientos de la URSS y la antigua Yugoslavia puede ser visto como un modo de control del cumplimiento de normas internacionales, pero de ninguna decisión se desprende que negaran su existencia toda vez que se habían preocupado de elaborar lineamientos dirigidos al establecimiento de relaciones diplomáticas. Simplemente hubo un impase de espera entre la declaración de la independencia y el reconocimiento, que es bien sabido, fue precedido por el informe de la Comisión Badinter.

No sólo los acuerdos sobre derechos humanos son primordiales. Desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial ha adquirido gran trascendencia el desarrollo tecnológico nuclear, llevando a la comunidad internacional a inclinarse hacia la proscripción de toda arma de destrucción masiva<sup>25</sup>. Ello ha conducido a reconocer rápidamente a los nuevos países surgidos de la disolución de la Unión Soviética con el fin de comprometerlos en esa dirección y a ser más indulgentes -con algunos de ellos- en materia de respeto del derecho internacional humanitario<sup>26</sup>.

Si bien no existe una regla jurídica que obligue a reconocer, el no reconocimiento puede surgir como deber, particularmente cuando es el Consejo de Seguridad quien en uso de sus facultades puede ordenarlo, ya sea por constatar la violación del principio de integridad territorial<sup>27</sup> o del de libre determinación de los pueblos<sup>28</sup>. Al respecto cabe una aclaración,

---

<sup>24</sup> CIJ. *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* (excepciones preliminares) (1996). Opinión individual del juez Weeramanthy, p. 650.

<sup>25</sup> CIJ- Opinión consultiva sobre la *legalidad de la amenaza o del empleo de armas nucleares* (1996).

<sup>26</sup> Alain Pellet, *Note sur la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie*. *Annuaire français de Droit International*, 1991, pp. 329-348.

<sup>27</sup> En el asunto de la República Turca de Chipre del Norte S/RES/541 (1983); S/RES/550 (1984).

<sup>28</sup> En el caso de los batunstanos Resoluciones S/RES/473 (1980); S/RES/554 (1984); S/RES/556 (1984); S/RES/402 (1976); S/RES/417 (1977); S/RES/556 (1984).

porque dentro de esta temática suelen tratarse las anexiones territoriales obtenidas por la fuerza (v.g. Bosnia-Herzegovina por el Imperio Austro-Húngaro o la de Kuwait por Irak), cuando en realidad involucra situaciones en las que el no reconocimiento apunta a hechos ilícitos contra la soberanía política y la integridad territorial del Estado producidos por el ocupante. Aquí lo que no se reconoce es la ilegalidad internacional del hecho restándole efecto. En el supuesto de pueblos que pugnan por su independencia sobre territorios coloniales o autónomos el reconocimiento se apoya en el principio de libre determinación, aplicado por el Consejo de Seguridad respecto de Timor Oriental desde 1976 (Resol. 389 y subsiguientes del mismo año) y considerado como obligación *erga omnes* por la CIJ respecto al mismo asunto<sup>29</sup>.

Si bien no es habitual, en las relaciones internacionales el no reconocimiento puede ir acompañado de la intervención armada consentida por el Estado intervenido. Ya no es el mismo Estado que impide la desmembración de su territorio, sino que pide a otro sujeto internacional que ello no ocurra, hecho que puede ser ilustrado con la decisión del gobierno de Malí en 2012 de pedir asistencia a las Naciones Unidas para impedir la consolidación del proclamado Estado Islámico de El Azawad, ubicado al norte de su territorio, solicitud respondida positivamente por unanimidad en el Consejo de Seguridad en aplicación de Capítulo VII de la Carta (Resolución 2085 de 20 de diciembre de 2012).

### c. Efectos

Desde una posición extrema Kelsen sostiene que la declaración política de reconocimiento no necesariamente tiene consecuencias legales, porque requiere de una norma de derecho internacional positivo. Afirma que el derecho internacional sólo se aplica a los estados reconocidos, de allí que sea constitutivo<sup>30</sup>. Entiende que el acto político de reconocimiento

---

<sup>29</sup> CIJ. Asunto relativo a *Timor Oriental* (Portugal c. Australia), sentencia de 30 de junio de 1995, párr. 29.

<sup>30</sup> Hans Kelsen, *Principles of International Law*. The Law Book Exchange Ltd, 2003, pp. 272.



es declarativo, mientras que el legal es constitutivo. Éste último envuelve el establecimiento de un hecho, por lo que no es la expresión de un deseo. Considera que antes del reconocimiento el Estado como tal no existe, ya que su existencia es juzgada por el derecho internacional<sup>31</sup>.

Para Lauterpacht el reconocimiento es la continuación y la manifestación práctica del orden jurídico. Señala que, de tratarse de un Estado, este hecho ha quedado oscurecido por las divergencias doctrinarias acerca del carácter declarativo o constitutivo del mismo<sup>32</sup>. Desde un punto de vista empírico indica que mediante el reconocimiento se constata una situación de hecho, la que en el caso de un Estado consiste en una declaración relativa a la reunión de condiciones necesarias para su existencia conforme al derecho internacional, en tanto que considerada como un deber legal tendría efecto constitutivo, pues previa a ella los derechos y obligaciones estarían fundados en reglas de humanidad y justicia<sup>33</sup>. Por ello es que hace hincapié en las consecuencias para el Estado predecesor, a quien deja de reconocérsele soberanía sobre un determinado territorio y en el deber de reconocimiento<sup>34</sup>.

La mayor parte de la doctrina ha expresado que el reconocimiento de Estado tiene naturaleza declarativa de conformidad con la práctica de los estados y varios instrumentos internacionales. En el ámbito americano la Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados de 1933 (art. 3) y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 12) siguen el enfoque declarativo de manera manifiesta<sup>35</sup>. El segundo acuer-

---

<sup>31</sup> Hans Kelsen. "Recognition in International Law". *International Law in the Twentieth Century*. American Society of International Law, Vol. 35, n° 4, oct. 1941, pp.509 y ss.

<sup>32</sup> Hersch Lauterpacht. *Recognition in International Law*. Cambridge at the University Press, 1947, p. 3. Martti Koskenniemi otorga importancia a la crítica que Lauterpacht realiza a las doctrinas declarativas y constitutivas, tachando a las primeras como naif y a las segundas como éticamente inaceptables (Martti Koskenniemi. *Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law*. European Journal of International Law, 1997, p. 241).

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 6

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 8

<sup>35</sup> Ambos tratados fijan que la existencia política de un Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados.

do aclara que el reconocimiento implica que el Estado que lo otorga “acepta” la personalidad de la nueva entidad política con todos los derechos y deberes que, para uno y otro, determina el derecho internacional (art. 4). En el orden universal la Resolución de Asamblea General 3314 de 1974 sobre la definición de “agresión” explica que el término Estado se utiliza sin perjuicio de las cuestiones de reconocimiento de que sea o no miembro de las Naciones Unidas (art.1), mientras que la Resolución 2625 de 1970 del mismo órgano dispone que cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad jurídica de los demás.

Pareciera que esta posición sea la más acertada, ya que supone que la existencia de un Estado no puede depender de la actitud arbitraria o discrecional de otros, que un efecto constitutivo contradeciría la sociología y la historia y que, salvo el caso de Ciudad del Vaticano surgido de los Acuerdos de Letrán en 1933, la subsistencia de Estados creados por otros (Congo en 1885 o el de Manchukuo en 1932) o con dudosa efectividad territorial (Katanga en el ex Zaire, 1962-1963; Biafra en Nigeria, 1967-1970) es efímera<sup>36</sup>. El ejemplo más destacado lo constituye Somalilanda –ex Somalia Británica– que duró sólo seis días, esto es, desde que dejó de ser colonia para unirse al territorio italiano de Somalilandia y constituir la República de Somalia en 1960. Si bien, aprovechando la guerra civil y falta de gobierno en Somalia declaró su independencia en 1991, internacionalmente sólo es reconocido como territorio autónomo dentro de este país y difícilmente sea la Unión Africana quien aliente tal expectativa. Por esta razón se ha señalado que la función del reconocimiento es constatar y no acordar derechos, que el derecho de reconocer no puede significar el poder de tomar una decisión injusta conforme a las exigencias de la política nacional sino el apreciar si la nueva entidad política se corresponde a las condiciones de una organización estatal, que si se admite lo contrario las decisiones arbitrarias de los estados no serían conformes con la realidad y entrañarían un peligro inminente para el desarrollo del derecho internacional<sup>37</sup>. Admitir un efecto constitutivo de dere-

---

<sup>36</sup> Louis Cavaré. *Le Droit International Public Positif*. T. 1, Ed. Pedone, 1973, p. 340 y ss.

<sup>37</sup> Bierzaneck Remigiusz. *La non-reconnaissance et le droit international contemporain*. Annuaire français de droit international, vol. 8, 1962, p. 131.

chos internacionales –aún los elementales de todo Estado- erosiona el principio de igualdad soberana colocando a una entidad política en un estadio superior a otra y entraría en conflicto con la obligación de no reconocimiento de situaciones contrarias al derecho internacional.

Sin embargo, desde otra perspectiva el efecto operativo del reconocimiento es trascendente para la vida internacional, al permitir que el Estado ejerza determinadas potestades y privilegios frente a otros sujetos (derecho de legación, inmunidad de jurisdicción, protección diplomática, etc.)<sup>38</sup>, o bien coadyuve a la aplicación del derecho internacional. Para algunos juristas que se han interesado en el proceso de disolución de la Unión Soviética y de la República Federativa Socialista de Yugoslavia la moderna práctica internacional conferiría al reconocimiento carácter constitutivo<sup>39</sup> y su efecto operativo no puede ser ignorado. Consideran que ante la falta de control gubernamental sobre la mayor parte del territorio el reconocimiento vendría a otorgar calidad de Estado por vía de una ficción puramente jurídica<sup>40</sup>. De esta manera la regla de la efectividad es desplazada por un juicio de valor de la comunidad internacional que puede tener por finalidad restaurar la paz en una región del planeta<sup>41</sup>. Esta posi-

---

<sup>38</sup> Peter Mikambo Mugerwa. *Manual de Derecho Internacional*. Editado por Max Sorensen. Fondo de Cultura Económica, México 1981. Manuel Díez de Velasco Vallejo. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Ed. Tecnos, 2005, Vol. I, p. 267.

<sup>39</sup> “Recognition of a new state is an act that confers a status; as a result of recognition, the recognized entity acquires the legal status of a state under International law. In this sense, a (new) state is not born, but chosen as a subject of international law. Only when the new state has been recognized does it become a subject of international law, and this initially only with respect to the existing states recognizing it”. (Cf. Christian Hillgruber. *The Admission of New States to the International Community European Journal of International Law*, nº 9, 1998, p. 492).

<sup>40</sup> “The constitutive, legally operative effect of the recognition of new states is clearly illustrated by state practice with regard to Bosnia-Herzegovina. In view of the fact that right from the beginning Bosnia-Herzegovina did not constitute a functioning national body and its recognized government only controlled a very small part of the national territory, international recognition of Bosnia-Herzegovina conferred on it the status of a state under international law by way of a legal fiction” (Ibíd. p. 494).

<sup>41</sup> Antonello Tandreti. *Some Remarks on the Relationship between Secession and International Law in the Light of de ICJ’S Kosovo Advisory Opinion en Secession*

ción se acerca al llamado reconocimiento *de facto*, empleado ante situaciones en las que no está consolidada la existencia de la nueva entidad política y de aplicación excepcional. Otros en cambio, advierten que, salvo excepciones, el reconocimiento como instrumento de validación de una secesión se ha convertido en una rareza dentro de la comunidad internacional<sup>42</sup> interesada en el respeto de la integridad territorial, o aluden al reconocimiento como una forma de sanción al Estado predecesor por graves violaciones a los derechos humanos<sup>43</sup>.

#### d. Variabilidad

En situaciones particulares el reconocimiento de la independencia puede ir acompañado de limitaciones respecto a la no realización de reclamos territoriales o la anexión a otro Estado, como surge del Informe Ahtissari relativo a Kosovo enviado a la Secretaría General de las Naciones Unidas en 2007<sup>44</sup>, o de promesas sobre aspectos que hacen a la

---

*and International Law*. The ICJ Advisory Opinion of 22 July 2008. Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2012, p. 81.

<sup>42</sup> John Dugard. *Secession International Law Perspectives*. Marcelo Kohen editor. Cambridge University Press, 2006, p. 97.

<sup>43</sup> “The sanction theory of recognition removes this nexus requirement, and shifts the approach to recognition from an evaluation of the intrinsic merits of the secessionist entity, the focus of other theories of recognition, to a consideration of extrinsic concerns: it uses recognition as a tool to deter human rights abuses generally” (Cf. Alexander H. Berlin. *Recognition as Sanction: Using International Recognition of New States to Deter, Punish, and Contain Bad Actors*, 31 U. Pa. J. Int’l L. 531 2009-2010, p. 533).

<sup>44</sup> “Las conclusiones del Envió Especial iban acompañadas del texto definitivo de su propuesta integral de acuerdo sobre el estatuto de Kosovo (S/2007/168/Add.1, de 26 de marzo de 2007), que, según sus propias palabras, establecía “estructuras de supervisión internacional [y] [sentaba] las bases para un futuro Kosovo independiente” (S/2007/168, de 26 de marzo de 2007, párr. 5). En la propuesta integral se exhortaba a que se convocara inmediatamente una Comisión Constituyente para redactar una Constitución para Kosovo (S/2007/168/Add.1, de 26 de marzo de 2007, art. 10.1), se establecían directrices sobre la composición de esa Comisión (ibid., art. 10.2), se enunciaban numerosas exigencias sobre los principios y disposi-

seguridad nacional e internacional (v.g. el reconocimiento de Ucrania por Canadá tuvo en cuenta el compromiso sobre el armamento nuclear que se hallaba en su territorio). Como tal produce efectos jurídicos, siempre y cuando se ajuste al orden internacional y subsista el Estado (p.ej. la creación de Manchukuo en China<sup>45</sup>, Rodesia en África<sup>46</sup>, Katanga en Congo<sup>47</sup> y los bantustanes en Sudáfrica<sup>48</sup> fueron rechazadas por la comunidad internacional).

Otras veces, la comunidad internacional adopta una actitud pasiva a la espera de un cambio de circunstancias reconociendo *de jure* su existencia, pero aceptando el control por otro Estado (v.g. Letonia, Lituania y Estonia, quienes recuperaron la independencia perdida en 1939 con el Pacto Molotov-Von Ribbentrop<sup>49</sup>). Un caso emblemático es el de Tíbet, país invadido por el ejército chino en 1950 en plena vigencia de la Carta de las Naciones Unidas. Algunos miembros de la comunidad internacional lo consideran como parte de la República Popular China, en tanto que su gobierno permanece exiliado en Nueva Delhi desde esa época. En 1959, 1960 y 1990 la Comisión Internacional de Juristas realizó una exhaustiva investigación que concluyó afirmando que desde 1913 hasta el momento de la invasión china Tíbet ha sido de hecho independiente y

---

ciones que debían figurar en la Constitución (ibid., art. 1.3 y anexo I) y se exigía que la Asamblea de Kosovo aprobara la Constitución en el plazo de 120 días por mayoría de dos tercios (ibid., art. 10.4). Asimismo, se preveía la expiración del mandato de la UNMIK tras un período de transición de 120 días, al cabo del cual “todas las facultades legislativas y ejecutivas conferidas a ella serán transferidas en bloque a las autoridades del Gobierno de Kosovo a menos que en el presente acuerdo se disponga otra cosa” (Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo de 26 de julio de 2010*, párrafo 70). Antes que la CIJ emitiera su opinión Kosovo había sido reconocido por 57 Estados.

<sup>45</sup> Resolución de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones de 11 de marzo de 1932, que declara sin efecto legal a la creación del Estado del Manchukuo por Japón en 1931 recogiendo la doctrina Stimson del no reconocimiento.

<sup>46</sup> S/RES/216 (1965) de 12 noviembre de 1965.

<sup>47</sup> S/RES/169 (1961) de 24 de noviembre de 1961.

<sup>48</sup> Véase nota 23.

<sup>49</sup> Ronald Rich. “Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union”. *Symposium: Recent Developments in the Practice of the State Recognition*. European Journal of International Law, 1993, p. 35 y ss.

reunía todos los requisitos para la independencia *de jure*, excepto el reconocimiento formal<sup>50</sup>. De tal manera, la falta de reconocimiento expreso no sólo ha provocado la desaparición de un Estado sino que también ha convalidado un ilícito internacional contrario al artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, como si el principio de las efectividades pudiera prevalecer respecto de una norma *jus cogens*.

No importa la forma elegida para expresar la voluntad, pudiendo surgir a través del voto positivo de admisión a una organización internacional<sup>51</sup> o incluir una manifestación respecto del territorio perteneciente a la nueva entidad política<sup>52</sup>. Es posible también que se formalice colectivamente.

Usualmente sufre interferencias políticas de distinta índole, ya que sería ilusorio que el derecho internacional se independice de los intereses nacionales. De tratarse de territorios que se separan de potencias colonialistas, o de regímenes opresivos y discriminatorios la base jurídica es la libre determinación de los pueblos; en cambio, si la decisión de crear un nuevo Estado surge de un grupo dentro de una entidad soberana ya constituida a menudo la independencia se obtiene a través del uso de la fuerza (p.ej. Sudán del Sur en 2011<sup>53</sup>). En el primer caso el reconocimiento por otros países suele ser generalizado<sup>54</sup>, con la salvedad que cuando no son pueblos de territorios coloniales o autónomos la comunidad internacional previamente analiza la factibilidad de negociar un régimen de protección de minorías; mientras que, en el segundo, es heterogéneo y dependiente de cuestiones estratégicas políticas o económicas (p.ej. Cabindas en

---

<sup>50</sup> Robert Sloane, *The Changing Face of Recognition in International Law: A Case Study of Tibet*, Emory International Law Review, nº 107, 2002, p. 147 y ss.

<sup>51</sup> Caso de Timor-Leste, Estado admitido como miembro de las Naciones Unidas mediante la Resolución 57/3 de Asamblea General de 27 de septiembre de 2002.

<sup>52</sup> Australia respeto de Bosnia-Herzegovina y la Comunidad Europea en relación a la República de Macedonia.

<sup>53</sup> A pocos días de la declaración de independencia de Sudán del Sur el Consejo de Seguridad decide enviar una misión especial (MINUSS) para apoyar en la consolidación de este nuevo Estado (Resol. 1996) y recomienda su admisión a las Naciones Unidas (Resol. 1999 de 13 de julio de 2011).

<sup>54</sup> Por motivos mayormente políticos el principio de libre determinación no es aplicado de manera uniforme y aunque una entidad política tenga continuidad en el tiempo los Estados no la reconocen, como ocurre con Taiwán.

Angola)<sup>55</sup> y la negativa suele estar fundada en el principio de integridad territorial o se aguarda la consolidación del nuevo Estado. En ambos casos el parámetro esencial es que dicha entidad posea los elementos fundamentales para ser Estado (territorio, población y gobierno), a los que actualmente se suman otros ingredientes, tales como el respeto de los derechos humanos, poseer una organización jurídico-política democrática y estable, el cumplimiento de las obligaciones internacionales<sup>56</sup>, o bien compromisos político-jurídicos particulares<sup>57</sup>. En lo que hace al principio de integridad territorial puede decirse que ha pasado a un segundo plano si lo que se produce es la unificación o separación de dos estados (v.g. unificaciones de Alemania<sup>58</sup> y de Yemen, la separación de Checoslovaquia), no habiendo demasiados obstáculos para el reconocimiento.

La exigencia de un régimen democrático ha cobrado importancia a fines del siglo XX<sup>59</sup>, aunque no es aplicable a todo nuevo Estado, tal como aconteció con el reconocimiento de Georgia por la Comunidad Europea (1992) apartándose de los lineamientos fijados el año anterior. Otra característica de las últimas décadas es el reconocimiento luego de un referéndum o plebiscito sobre la independencia (p.ej. Ucrania a fines de 1991, Kosovo en 2008), por lo que no bastarían los tres elementos básicos del Estado. En estos casos la composición de la población cobra particu-

---

<sup>55</sup> La negativa a reconocer el derecho de secesión de Katanga respecto de Congo responde a cuestiones tanto político-legales (Resolución del Consejo de Seguridad de 24 de noviembre de 1961) y de resguardo de los intereses de las empresas transnacionales que explotan los recursos en esa región.

<sup>56</sup> Directivas adoptadas por los Doce Estados miembros de la Comunidad Europea el 16 de diciembre de 1991 respecto de los nuevos Estados que surgían del desmembramiento de la Unión Soviética y de la República Federativa Socialista de Yugoslavia.

<sup>57</sup> Canadá condicionó el reconocimiento de Ucrania a la seguridad de control del armamento nuclear, el respeto de los derechos de las minorías y la adhesión a los Principios de Helsinki y a la Carta de París.

<sup>58</sup> La unificación de la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana reviste más la característica de la absorción del territorio de la segunda por la primera debido a que no fue creado un nuevo Estado.

<sup>59</sup> Castor Díaz Barrado. *El Derecho Internacional del tiempo presente*. Universidad Rey Juan Carlos, Ed. Dykinson, 2004, p. 85.

lar importancia, porque la mayoría impone su decisión a una minoría que puede no estar conforme con la separación del territorio.

En relación al no reconocimiento cabe la posibilidad que surja de una declaración formal, pero difícilmente pueda ser oponible a terceros estados, como ocurre con Palestina y la República Árabe Sarahuí, reconocidas por cien y ochenta y tres países respectivamente. Resulta curioso el caso de la ex República Yugoslava de Macedonia, respecto de la que Grecia originariamente buscó el no reconocimiento por la Comunidad Europea, las Naciones Unidas<sup>60</sup> y la OTAN<sup>61</sup>, alegando que el nombre constitucional “República de Macedonia” le afectaba políticamente por existir una región de su territorio identificada como Macedonia. Muchos estados la han reconocido con esta denominación en tanto que, a la espera de un acuerdo entre ambos países, las Naciones Unidas y sus organismos especializados admitieron su ingreso con la referencia provisional “Antigua República Yugoslava de Macedonia”.

### 3. Reconocimiento de gobiernos

En el derecho internacional el reconocimiento de un Estado está íntimamente vinculado al de un gobierno, no sólo porque éste es un elemento fundamental sino también porque debe ejercer el control efectivo sobre el territorio. No obstante, hay excepciones al control sobre el territorio (p.ej. el gobierno talibán no fue reconocido pese a controlar la mayor parte del territorio de Afganistán<sup>62</sup>).

---

<sup>60</sup> La Resolución del Consejo de Seguridad n° 887 (1993) recomendó a la Asamblea General que este Estado debía designarse provisoriamente como “ex República Yugoslava de Macedonia”, pero la cuestión no ha sido aún solucionada. En 1995 Grecia y este nuevo Estado inician relaciones diplomáticas firmando un acuerdo que hace alusión al nombre.

<sup>61</sup> En 2011 la CIJ entiende en una demanda promovida por Macedonia por la obstrucción por parte de Grecia a su ingreso a la OTAN (CIJ. *Aplicación del acuerdo interino de 13 de septiembre de 1995* (Ex República Yugoslava de Macedonia c. Grecia. Sentencia de 5 de diciembre de 2011).

<sup>62</sup> Sólo fue reconocido por Emiratos Árabes y Arabia Saudita, países que lo retiraron al poco tiempo.



Por otro lado, los cambios de gobierno no deberían tener ninguna repercusión en el sistema jurídico internacional, salvo por la aplicación de los principios de identidad, libre determinación interna y no intervención. No existe, por tanto, ninguna regla general que explicita condiciones de reconocimiento o no reconocimiento de gobiernos, ni siquiera que exista una obligación de reconocer, siendo una situación sumamente álgida en la esfera internacional por afectar el libre desenvolvimiento del Estado. En algunos casos ha traído aparejado que algunos países sólo reconozcan estados y no gobiernos (Australia, Canadá, Alemania, Países Bajos, Suiza<sup>63</sup> y Reino Unido).

Puede decirse que es un acto netamente político, ya que los estados tienen en cuenta sus propios intereses nacionales, pudiendo resultar como contraprestación entre gobiernos en vez de una real muestra de amistad y cooperación entre pares. Existen algunos acontecimientos que demuestran esta particularidad, aún tratándose de aquellos surgidos del uso de la fuerza: el acuerdo de 27 de febrero de 1939 por el que el gobierno francés reconoce el régimen franquista en España (Acuerdo Bérard-Jordana) con el objeto de evitar que éste se uniera a las potencias del Eje; la dictadura de Salazar en Portugal (1932-1968) no sólo no fue cuestionada por las potencias occidentales sino que fue reconocida como gobierno legítimo como premio por los servicios prestados durante la segunda guerra mundial e invitada a unirse a la OTAN como aliada anticomunista (1949); el mutuo reconocimiento de gobiernos militares en América Latina durante la Guerra Fría en paralelo con la desconfianza en materia de geoestratégica regional<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> El gobierno suizo ha seguido la costumbre de no efectuar ningún tipo de manifestación sobre los gobiernos, entre otras razones porque entiende que el derecho internacional no condiciona el reconocimiento de Estados a la legitimidad del gobierno en cuestión, el que reposa únicamente en el principio de efectividad porque el Estado debe disponer de un gobierno capaz de representar su país en la escena internacional y asumir obligaciones de derecho internacional. Afirma que el gobierno suizo trata con los representantes que detentan efectivamente el poder gubernamental y que actúan en nombre de país (Confédération Suisse. Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération. JAAC. *Reconnaissance d'Etats et de gouvernements, pratique suisse*. DFAE, Direction du droit international public. Avis de droit, 2008.6. Avis du droit du 26 juin 2007, p. 130).

<sup>64</sup> La Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz, reunida en México en 1945, solicitó al Comité Jurídico Interamericano su opinión

En algunas regiones ha sufrido la influencia del llamado “principio democrático”, a punto tal que el no reconocimiento expreso se manifiesta a modo de condena multilateral frente a rupturas del orden constitucional. Crítico de esta tendencia Díaz Barrado asevera que “el deseo y la voluntad de instaurar y consolidar sistemas democráticos que se devela en el conjunto del planeta, aunque puedan ser observados con benevolencia, no son, por supuesto, expresiones ciertas y seguras de los elementos que configuran, de manera definitiva, la sociedad internacional del tiempo presente”. No obstante, también destaca su importancia universal y cita la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n° 54/36 de 20 de enero de 2000 sobre el apoyo del sistema de esta organización a los esfuerzos que se desarrollan por los gobiernos para promover y consolidar las nuevas y restablecidas democracias y marca el reconocimiento del lazo indisoluble entre la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los fundamentos de toda sociedad democrática<sup>65</sup>. Al respecto resulta oportuno recalcar la ambigüedad en la práctica de los órganos de esta organización universal, pues la preocupación de la Asamblea General no es compartida por el Consejo de Seguridad, en cuyo seno se prefiere hablar de “estabilidad de las instituciones” y “estado de derecho” como condiciones básicas para la convivencia pacífica dentro de un Estado y en su relación con los demás gobiernos. Igualmente, que –salvo en los casos de Haití (1991-1994) y Sierra Leona (1997-1998)- ninguno de los ellos ha negado la participación de un representante enviado por gobiernos no democráticos o *de facto*, bastándole con la presentación de las correspondientes credenciales.

---

sobre la legalidad de la defensa de la democracia frente a la instalación de regímenes antidemocráticos, y la legalidad o no del no reconocimiento a los gobiernos de facto. El pronunciamiento -emitido en 1946- afirmaba “la profunda convicción de que la cuestión de la determinación del gobierno de cada país debe continuar reservada al derecho interno, el cual señalará cómo debe manifestarse la voluntad popular y a qué organismos les corresponde recogerla y registrarla. De ahí que rechazamos la posibilidad de que países extranjeros se conviertan en jueces del funcionamiento de esas leyes y procedimientos”. Recién en 1959 la Reunión de de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA aprueba la Declaración de Santiago de Chile, donde indica cuáles son los atributos de la democracia.

<sup>65</sup> Castor Díaz Barrado. *Ibíd.* pp. 76 y 77.

### a. *Legitimidad*

Un primer aspecto a tener en cuenta es que la legitimidad de un gobierno puede valorarse desde distintos puntos de vista, por ejemplo la continuidad constitucional, el respeto de los derechos humanos de manera indiscriminada o la no beligerancia con países vecinos. Pero ello no basta, debido a que la idea de “democracia” plasmada en instrumentos internacionales no revela más que una creciente tendencia de las últimas décadas y nada tiene que ver con gobiernos cuyos países han agregado a su nombre dicha expresión (República Popular Democrática de Corea, República Democrática del Congo, República Argelina Democrática y Popular) o con los autotitulados “democráticos” en los que prima el unipartidismo (Yemen, Cuba, Vietnam, Laos, Guinea Ecuatorial).

Tampoco es consistente identificar una democracia únicamente con la elección de un gobierno por el voto mayoritario de la población (soberanía o democracia popular)<sup>66</sup> o la ausencia de ella sólo con gobiernos nacidos de golpes de Estado. Lo que importa, entonces, no es averiguar qué es una democracia sino cuándo una democracia es genuina. Así, los acontecimientos en algunos países árabes a partir de 2011 revelan que fue cuestionada la legitimidad de gobiernos electos según sus propias constituciones, llevando al plano internacional el concepto de legitimidad de ejercicio<sup>67</sup>. En efecto, acercarnos al significado de *democracia genuina* requiere distinguir la legitimidad como fuente del poder de la legitimidad en el ejercicio del poder. Por otro lado, hasta se podría llegar a pensar que cada democracia es una forma social de ver las cosas políticas o es un valor cultural expresado de diferentes maneras, quedando relativizada su estrecha relación con los derechos humanos en tanto subsistan dobles

---

<sup>66</sup> En 2005 la Comisión de Derechos Humanos afirmó que el estado de derecho en tanto que elemento intrínseco de la democracia significa que existen límites a la voluntad de la mayoría, no sólo bajo la forma de los derechos humanos sino también de parte del plexo normativo constitucional (Res.2005/32 de 19 de abril de 2005).

<sup>67</sup> Jonte van Essen ejemplifica esta cuestión con el desconocimiento como legítimo del gobierno de Gadafi en Libia por parte de las principales potencias en 2011 y la intervención de Francia y Gran Bretaña en apoyo a los grupos armados disidentes. Jonte Van Essen. *De Facto Regimes in International Law*. Utrecht Journal of International and European Law. Vol. 28, 2012.

estándares internacionales<sup>68</sup>. Piénsese que Hitler fue elegido legítimamente por la sociedad alemana de su época, que las leyes que autorizaron el exterminio de parte de la población eran válidas desde el punto de vista constitucional y que lo que llevó a la comunidad internacional a condenar a este régimen de gobierno no fue el problema de los derechos humanos sino la agresión perpetrada sobre otros Estados. También las decisiones de los gobiernos de la República Popular China en materia de libertades individuales fueron enérgicamente cuestionadas por gran parte de Occidente hasta que este país se elevó a la categoría de potencia económica mundial.

Las teorías sobre reconocimiento de gobiernos ilegítimos (Jefferson, Wilson, Tobar, Estrada, Larreta, Betancourt) encuentran un importante desarrollo en América<sup>69</sup>, pero como no llegan a formular normas jurídicas, sino líneas de actuación diplomática, no es nuestra intención reproducirlas. En un artículo, titulado *État de droit et Droit International*, Ben Achour las analiza muy escuetamente y concluye afirmando que actualmente muchos estados evitan reconocer gobiernos y emitir un juicio sobre la legalidad o la ilegitimidad, razón por la cual el reconocimiento de gobierno está en vías de desaparición<sup>70</sup>. Tampoco haremos referencia a los llamados reconocimientos *de facto*, porque constituyen respuestas políticas no uniformes o, a lo sumo, quedan reservados a gobiernos provisionales o interinos, o de alcance territorial limitado<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> En uno de los párrafos de la Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la aplicación de una política coherente respecto de los regímenes contra los cuales la UE aplica medidas restrictivas cuando defienden sus intereses personales y comerciales dentro de las fronteras de la UE de 2 de febrero de 2012 (2011/2187(INI)) insta a “que se vele porque no haya dobles raseros a la hora de decidir medidas restrictivas o sanciones y porque éstas se apliquen independientemente de intereses políticos, económicos y de seguridad” (P7\_TA(2012)0018).

<sup>69</sup> La llamada doctrina Lauterpacht se corresponde con el principio de efectividad. En la República Federal Alemana se aplicó la doctrina Hallstein entre 1955 y 1969 por la cual su gobierno tenía el derecho exclusivo de representar la nación alemana y fue abandonada cuando el canciller Willy Brand decidió entablar relaciones diplomática con el gobierno de la Alemania oriental.

<sup>70</sup> Raffa Ben Achour. *État de droit et Droit International* (disponible en: <http://www.leaders.com.tn/article/etat-de-droit-et-droit-international?id=3112>).

<sup>71</sup> En 2011 el Consejo Nacional de Transición Libio fue reconocido como legítimo representante del pueblo libio por trece países, entre ellos occidentales,

Quizás interesen más las aproximaciones operadas entre las concepciones políticas sobre los regímenes de gobierno y el derecho internacional. Así, por ejemplo, en las viejas democracias occidentales predominó la concepción liberal de organización político-jurídica de un Estado reparando en el respeto de los derechos individuales y de la normativa constitucional, mientras que en otros países los modelos democráticos adoptan diferentes formas, generando respuestas que varían de un gobierno a otro. Por eso es que la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n° 59/201 de 23 de marzo de 2005<sup>72</sup>, relativa al fortalecimiento de la función de las organizaciones y mecanismos regionales, subregionales y de otro tipo en la promoción y consolidación de la democracia, da cuenta de la “diversidad de las democracias en el mundo”.

Entre los miembros de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa se respetó el principio de autonomía constitucional hasta la reunión de Copenhague de 1999, cuando reconocieron la importancia de instaurar sociedades democráticas apoyadas en elecciones libres y pluralismo político. En el ámbito americano la Asamblea General de la OEA adoptó la Resolución 1080 (1991) en apoyo de las nuevas democracias de la región y cuya aplicación se estrenó por primera vez con la destitución del presidente electo Bertrand Aristide en Haití. La Carta Democrática Americana de 2001, que no es un tratado sino una resolución de la Asamblea General aprobada por consenso, establece que son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos. También el Acta Constitutiva de la Unión Africana de 2000 previó que los regímenes de gobierno debían ser democráticos.

En los términos de la Carta americana la ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el

---

estando aún Gadaffi en el poder, declaraciones que se interpretaron como un desconocimiento de éste último como jefe de gobierno.

<sup>72</sup> Aprobada por 172 Estados miembros, 15 abstenciones y ninguna oposición.

orden democrático en un Estado es un obstáculo insuperable para la participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las conferencias especializadas, de las comisiones, grupos de trabajo y demás órganos de la Organización (art. 19)<sup>73</sup>.

También la Carta Africana de la Democracia, las Elecciones Libres y de la Gobernanza de 2007 condena la ruptura del orden constitucional, enumerando en su articulado una serie de circunstancias contrarias a la democracia (golpe de Estado, intervención de mercenarios para remplazar al gobierno legalmente elegido, remplazo del gobierno legítimo por disidentes armados o rebeldes, no traspaso del gobierno a partidos o candidatos vencedores en elecciones libres, cualquier revisión constitucional o legislación que signifiquen una violación a principios democráticos) que habilitan a los Estados miembros a aplicar sanciones a través del Consejo de la Seguridad y la Paz (p.ej. suspensión de derechos en la organización regional) o de la Asamblea (p. ej. puede llegar a incluir sanciones económicas)<sup>74</sup>.

Por su lado, el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático de 1998 afirma que la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del MERCOSUR. También prevé la adopción de medidas que abarcan desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos.

Como vemos, ninguno de estos instrumentos enuncia la obligación de no reconocimiento, tal como lo estipulara la Convención de Washington

---

<sup>73</sup> Fue invocada en términos generales por el Consejo Permanente de la OEA en 2002 con motivo de la alteración del orden constitucional ocurrido por el intento de destitución del presidente de Venezuela Hugo Chávez; de los disturbios en Bolivia de 2003 durante la presidencia de Sanchez de Lozada; en apoyo del Presidente peruano Toledo durante la crisis interna de 2004 y otras situaciones que no llegaron a evidenciar una ruptura del orden constitucional.

<sup>74</sup> El 25 de marzo de 2013 este Consejo suspendió a la República Centroamericana como miembro de la Unión Africana como respuesta al golpe de Estado llevado a cabo por dirigentes del grupo opositor Seleka en violación a los acuerdos de Libreville de 2008 que representaban el cuadro de transición política y la base de una solución política.

de 1907 entre cinco repúblicas centroamericanas<sup>75</sup>, pero nada descarta que sea una de las conductas que, individual o colectivamente, se adopte a nivel regional.

### *b. Validación*

Como en el terreno político nacional e internacional conviven actores de distinta índole y grado de participación (económica, religiosa, cultural, militar) su influencia en las decisiones políticas es bastante frecuente. Estrictamente ceñidos al derecho internacional puede afirmarse que, como principal actor internacional, la Organización de las Naciones Unidas tiene prohibido inmiscuirse en asuntos de jurisdicción esencialmente interna de los estados (art. 2, inc. 7 de la Carta), por lo que sus intervenciones se han limitado a situaciones vinculadas con el respeto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario o al envío de observadores en actos eleccionarios de importancia. En pocas oportunidades ha respondido a golpes de estado militares a través de sus principales órganos y previa intervención de organizaciones regionales (Haití en 1994<sup>76</sup>, Sierra Leona en 1998<sup>77</sup>, República Centroafricana en 2013<sup>78</sup>). También

---

<sup>75</sup> Con el patrocinio de los gobiernos de Estados Unidos y México, los presidentes centroamericanos (Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá) firmaron un acuerdo (Convención de Washington de 1907) por el cual establecieron: “Los gobiernos de las Altas Partes Contratantes no reconocerán a ninguno que surja en cualquiera de las cinco Republicas por consecuencia de un golpe de Estado, o de una revolución contra un gobierno reconocido, mientras la Representación del pueblo, libremente electa, no haya reorganizado el país en forma constitucional”.

<sup>76</sup> La Resolución n° 940 adoptada por Consejo de Seguridad de la ONU el 31 de julio de 1994 fue la única vez que autorizó el uso de la fuerza en América para reponer a las autoridades legítimas desplazadas por un golpe de Estado.

<sup>77</sup> Tras el golpe militar del 25 de mayo de 1997, por el cual se derrocó el Gobierno democráticamente elegido de Sierra Leona, y habiendo determinado que la situación constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales en la región, el 8 de octubre de 1997 el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, aprobó la resolución 1132 (1997) por la cual se impusieron sanciones obligatorias contra la junta militar en Sierra Leona.

<sup>78</sup> Declaración del Consejo de Seguridad de 26 de marzo de 2013 que condena la toma del poder por la coalición Seleka y dispone continuar ocupándose del conflicto interno en vistas a la aplicación de medidas para proteger a la población civil.

puede citarse la actuación de la Comisión de Derechos Humanos, la que a partir de 1999 ha aprobado una resolución tendiente a promover el derecho a la democracia (Resol. 57/99). Ninguna de estas prácticas supone el no reconocimiento de gobiernos ilegítimos como un postulado de derecho internacional general. No obstante, la validación de las elecciones con la participación de observadores o de asistencia internacional propone otra manera de analizar un régimen democrático y su legitimidad<sup>79</sup>, aunque no es la única. Bien sabemos que en la región americana comienza a imponerse la validación colectiva, lo que lleva al plano jurídico un tema que era estrictamente interno. De esta forma la legitimidad de un gobierno surgiría de la opinión emanada de otros en vez del acto eleccionario o de normas constitucionales. Por ejemplo, las decisiones de Fujimori en Perú 1992 y Serrano en Guatemala en 1993, presidentes electos que suspendieron la vigencia de la constitución en sus respectivos países, fueron incorrectamente denominados “autogolpes” cuando en los hechos se trató de golpes de estado contra los otros dos poderes del gobierno; en tanto que los desplazamientos de Zelaya en Honduras (2011) y Lugo en Paraguay (2012) por otros poderes del Estado fueron políticamente calificados como golpes de estado. En el caso de Zelaya fue bastante evidente que fue un derrocamiento en el que intervinieron los poderes legislativo y judicial y las fuerzas armadas, mientras que la destitución de Lugo ha sido poco estudiada desde una óptica jurídica internacional.

Lo cierto es que la declaración de no reconocimiento emanada de algunos países latinoamericanos puede ser vista desde dos diferentes ángulos: 1) su empleo como instrumento de política regional de sostén de gobiernos y 2) el juzgamiento de actos de poderes de otro Estado adoptados y aplicables únicamente en su propio territorio. La respuesta al controvertido y sumarísimo juicio político que desplazó a Lugo de la presidencia de Paraguay encaja más claramente en el segundo supuesto. Internamente se fundó en normas constitucionales (art. 225 de la CN) y la acusación por mal desempeño de las funciones se aprobó con 76 votos a

---

<sup>79</sup> Gregory Fox. “The Right to Political Participation in International law”. *Democratic governance and International Law*. Cambridge University Press, 2000, p. 21.



favor, 1 en contra y 3 abstenciones<sup>80</sup> en la Cámara de Diputados de Paraguay, en tanto que la Cámara de Senadores decidió separarlo del cargo por 34 votos afirmativos, 4 en contra y 2 ausentes. Externamente fue calificado como ruptura del orden democrático en sendos comunicados conjuntos de 24 y 29 de junio de 2012 de los presidentes de los países miembros del MERCOSUR (Argentina, Brasil y Uruguay)<sup>81</sup>. Simultáneamente, en la última fecha, decidieron suspender a Paraguay de su derecho a participar de los órganos de esta organización subregional en aplicación del Protocolo de Ushuaia y admitir a Venezuela como miembro pleno de la organización de integración pues, a su entender, ya no era necesaria la ratificación del acuerdo de adhesión por el gobierno paraguayo.

Fuera de la discutible juridicidad de tales decisiones -en particular teniendo presente la normativa mercosureña que prevé la consulta con el Estado afectado antes de la aplicación de medidas previstas en el Protocolo de Ushuaia (art. 4) y que en ningún momento se realizó, además de lo dispuesto en el Tratado de Asunción que establece la ratificación de los cuatro miembros del MERCOSUR para decidir el ingreso de otro país de la región- no se comprende cómo puede hablarse de reconocimiento o no reconocimiento de un nuevo gobierno cuando sólo se trató de la destitución del presidente a través de un juicio político, las otras autoridades electas por voto popular seguían siendo las mismas y no hubo persecución a los oponentes, salvo que se entienda que la elección popular de un gobierno recae en la designación de una sola persona. Probablemente sea el propio Lugo quien haya reflejado con palabras más exactas el actual significado de la palabra democracia en la región al afirmar que, si bien su destitución no era ilegal, en lo técnico ciertamente era ilegítima.

---

<sup>80</sup> Según el referido informe el texto completo del libelo acusatorio fue distribuido al Consejo Permanente en la Sesión Especial del 22 de junio. Los principales argumentos incluidos en el libelo acusatorio, como hechos que motivan la acusación, fueron los siguientes: 1. Acto político en el comando de ingeniería de las Fuerzas Armadas, 2. Caso Ñacunday [relacionado con el abordaje de las invasiones de tierras en esa zona], 3. Creciente inseguridad, 4. Protocolo de Ushuaia II (la suscripción de dicho instrumento por parte del Gobierno) y 5. Caso matanza Curuguaty.

<sup>81</sup> Las Declaraciones fueron ratificadas en las Resoluciones del Consejo Mercado Común n° 27/12 y 28/12. El UNASUR también actuó condenando la destitución.

Fue tan confuso el episodio que, luego del envío de una misión a Paraguay, la Organización de Estados Americanos no decidió ninguna acción condenatoria. Así, el informe de la Misión de Secretaría General de la OEA y delegación a la República de Paraguay de 10 de julio de 2012 expresa que el Presidente y el Congreso fueron elegidos por el mismo electorado y en el mismo proceso electoral, que el juicio político está consagrado como una prerrogativa del Congreso y se ejerció de conformidad al artículo 225 de ese texto. Explicita que las Fuerzas Armadas de Paraguay no jugaron ni intentaron jugar ningún papel en esta crisis, que producida la vacante en el cargo, el vicepresidente, elegido junto con el presidente Lugo, asumió el cargo de presidente como manda la Constitución y que las autoridades en funciones y los actores políticos y sociales del país, en su mayoría, expresaron el firme deseo de cumplir con el calendario electoral definido por el Tribunal Superior de Justicia Electoral en enero de 2012, que fija la fecha de la elección de presidente y congreso para el día 21 de abril de 2013.

Esta respuesta es conteste con una publicación de la misma organización regional titulada *Nuestra Democracia* dirigida específicamente al ámbito americano. En esta obra se afirma que la democracia “contiene un conjunto de instituciones y procedimientos que definen las reglas y los canales de acceso a las principales posiciones del Estado, el ejercicio del poder estatal y el proceso de toma de decisiones públicas”, “implica el acceso sustantivo al poder del Estado, es decir, que no haya en el territorio otra organización (formal o no) con poder igual o superior al mismo Estado” y “la vigencia del Estado de derecho. Esto supone la independencia de los poderes y un sistema legal que es democrático en tres sentidos: protege las libertades políticas y las garantías de la democracia política, protege los derechos civiles del conjunto de la población y establece redes de responsabilidad y rendición de cuentas por las cuales los funcionarios públicos, incluyendo los cargos más altos del Estado, estén sujetos a controles apropiados sobre la legalidad de sus actos. Supone, además, el sometimiento de la acción del Estado y sus poderes a las normas emanadas de poderes designados de manera democrática”<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> OEA-PNUD, *Nuestra Democracia*. Primer edición 2010, p. 42 (disponible en [http://www.oas.org/es/sap/docs/Nuestra\\_Dem\\_s.pdf](http://www.oas.org/es/sap/docs/Nuestra_Dem_s.pdf)).

Como vemos, son pocos los criterios jurídicos y tantos los políticos -de por sí fluctuantes- que es difícil precisar con nitidez reglas sobre reconocimiento de gobiernos<sup>83</sup>, pero cuando un gobierno detenta efectivamente el poder soberano sobre el territorio de su país no puede negarse que exista en el sentido del derecho internacional, ni siquiera negar validez a sus actos en esta esfera. Por otra parte, hay una indubitable articulación entre la paz, el respeto de los derechos humanos y las democracias genuinas, entendidas éstas no sólo como gobiernos legítimos en su origen.

### *c. Efectos del no reconocimiento*

Habida cuenta que la apreciación de un gobierno como representante ilegítimo de un Estado puede llevar a su no reconocimiento lo substancialmente relevante es analizar cuál o cuáles son sus repercusiones en la esfera del derecho internacional. En principio manifiesta la voluntad de no negociación con ese gobierno pero, por vía del principio de identidad del Estado en materia de responsabilidad internacional, no impacta en todas las relaciones vigentes. Asimismo, la obligación de no intervención o el respeto a la inmunidad de jurisdicción del Estado deben ser respetadas.

Respecto al deber de no intervención hay un lento proceso de cambio. Basta citar la Carta de la Organización de Estados Americanos, cuyo artículo 2 simplemente estipula como propósito promover y consolidar la democracia dentro del principio de no intervención, en tanto que el artículo 9, incorporado por el Protocolo de Washington de 1992, autoriza la suspensión de un miembro únicamente cuando un gobierno democráticamente elegido haya sido derrocado por la fuerza y previa gestión diplomática. En lo que hace a la Carta Democrática Americana puede decirse que cubre distintas hipótesis, las que van desde la solicitud de asistencia a la Organización -realizada por el propio gobierno- hasta la convocatoria del Consejo Permanente por cualquier Estado miembro, cuya decisión

---

<sup>83</sup> Esta parece la tendencia desde el asunto *Tinoco* (1923), en el que el árbitro Taft señaló que no hay regla internacional general sobre no reconocimiento.

puede llevar a la aplicación de medidas sancionatorias. En materia jurisprudencial el fallo de la Corte Internacional de Justicia recaído en el asunto *operaciones militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) ha sido suficientemente claro al reconocer el derecho a la libre elección del régimen político, económico y social en un Estado y condenar intervenciones tendientes a forzar cambios en la orientación política de un gobierno.

Atento a que las Naciones Unidas tienen prohibido inmiscuirse en asuntos de jurisdicción esencialmente interna y, simultáneamente, sus órganos deben promover el respeto de los derechos humanos, hay también una marcada tendencia a separar los gobiernos autoritarios de su población porque, en definitiva, es la que sufre los abusos del régimen, pasándose a revisar las sanciones económicas o de otra índole sobre el Estado para hacerlas recaer sobre sus líderes (*sanciones selectivas*). Inclusive la Corte Penal Internacional cumple un rol trascendental en este aspecto, toda vez que la ilegitimidad del régimen se haya visto acompañado de violaciones graves y masivas de los derechos humanos y el mismo Estado no quiera o no pueda juzgarlos. Por ejemplo, en 2011 el Consejo de Seguridad impuso sanciones financieras al presidente de Costa de Marfil, Gbagbo, por obstruir el proceso de paz y reconciliación luego de la crisis postelectoral y estimó que los crímenes contra la humanidad que había cometido podían ser de competencia de ese tribunal (Resol. 1975(2011)).

Otras veces el camino es inverso, porque la manera más idónea de resguardar los derechos humanos es sostener provisoriamente a un régimen ilegítimo, prohibir apoyo internacional a las comunidades beligerantes que intentan derrocarlo e instar al llamado a elecciones democráticas. Por eso es que la actual crisis en Siria demuestra que el papel del Consejo de Seguridad termina siendo un híbrido de derecho y política internacional, en la medida que en su seno las potencias toman decisiones teniendo en cuenta únicamente sus propios intereses. En otras palabras puede decirse que el no reconocimiento internacional de un gobierno a menudo queda subordinado a la ausencia de una amenaza paz, interna o internacional, más que a la existencia de una genuina democracia.

# LA ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Graciela R. SALAS

**Sumario:** Presentación. 1. Los contenidos. 2. Los medios. 3. la ubicación. 4. Las razones. Conclusiones

## Presentación

La común tarea de enseñanza del Derecho Internacional Público constituye una vocación<sup>1</sup> que, en ocasiones, nos permite conocer colegas y al mismo tiempo crear y formar parte de grupos humanos más cercanos a la amistad que al trabajo compartido. En otras ocasiones llegamos a esta actividad como consecuencia de esos lazos de amistad en los que uno comprueba que comparte algo más que simpatía, es decir la apuntada vocación.

Sea cual sea la “vía de acceso” a esta actividad que hayamos transitado, lo concreto es que estamos aquí, nos enfrentamos a la necesidad de volver la mirada sobre la propia tarea y a plantearnos innumerables interrogantes, algunos de los cuales intentaré analizar en esta oportunidad. Como un medio de abordaje respecto de la enseñanza del Derecho Internacional nos planteamos preguntas que no constituyen sino los grandes interrogantes en torno a los que gira la tarea: contenidos (qué), medios (cómo), ubicación (dónde), fundamentos (por qué).

---

<sup>1</sup> Para algunos inclusive puede considerarse como un hobby un tanto costoso.

La respuesta a cada una de ellas a su vez plantea infinidad de posibilidades, que se multiplican y se superponen entre sí e intentaremos ir desentrañándolas a lo largo de este trabajo<sup>2</sup>.

Asimismo hemos tratado de circunscribir las siguientes consideraciones a la enseñanza del DIP en la carrera de Abogacía, lo que limita aún más la bibliografía con la que pudiera contarse al respecto. Ello así dado que numerosas publicaciones efectúan un paralelismo con la enseñanza de esta asignatura en Relaciones Internacionales, cuando los objetivos de ambas carreras son sensiblemente diferentes, lo que orienta las respuestas en sentido si no opuesto, al menos divergente. No desconocemos la profunda interrelación existente entre el DI y las relaciones internacionales, sin embargo, orientados a la formación de futuros juristas, la precisión de objetivos es necesaria y no admite mayores digresiones.

De todos modos, y más allá de las consideraciones propias al DIP que desarrollaremos a continuación, no debemos perder de vista que en definitiva no se trata sino de responder a los cuestionamientos que se presentan a todas las otras ramas del Derecho.

## 1. Los contenidos

Las profundas transformaciones sociales a nivel universal, el creciente desarrollo de la vida de relación internacional y la aparición de nuevos sujetos internacionales con sus consecuencias en el aumento de la cooperación internacional y del desplazamiento de las personas, resultado del mayor desarrollo de las comunicaciones hacen que la enseñanza de esta asignatura no pueda reducirse a un simple análisis exegético de las normas vigentes<sup>3</sup>. Es por ello que el dictado de esta materia debe guardar una estrecha relación con el momento concreto en que se hace,

---

<sup>2</sup> En cuanto a la tarea en sí, debemos reconocer que no es demasiado habitual que los estudiosos del DIP publiquen trabajos en los que se hayan detenido a tratar de responder a esas preguntas, tan habituales en la tarea cotidiana.

<sup>3</sup> Rey Caro, Ernesto J. *Contenidos básicos de los programas de Derecho Internacional Público a la luz de los cambios operados en el sistema internacional*. En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Vol. 2 N° 1, 1994.

permitiendo así la paulatina incorporación de los estudios más actualizados, para lo cual el complemento con la investigación se hace ineludible.

En efecto, las profundas transformaciones operadas en esta asignatura en el último siglo, al margen de la superación de algunos temas antes vitales como la necesidad de reconocimiento de su validez como rama del Derecho, ha puesto de manifiesto su profunda evolución como método o visión<sup>4</sup>.

La enseñanza del Derecho Internacional clásico se resolvía en el estudio de las relaciones internacionales conforme a puntos poco menos que absolutos, en los que el enfoque económico o social se encontraba ausente.

En esa etapa el Derecho Internacional se centraba en las relaciones encabezadas por los estados como un único sujeto conocido, con una visión eurocéntrica, a la que debieron adaptarse aquellos que intentaban incorporarse a ese ámbito de relación<sup>5</sup>. Esta corriente incluyó todo un sistema de colonización en ocasiones en continentes completos, por vía del descubrimiento, la ocupación o el sometimiento de pueblos enteros so pretexto de una superioridad en el nivel de civilización que llevaría a guerras de independencia en ocasiones sumamente sangrientas.

Esta rama del Derecho, calificada como liberal, descentralizado y oligocrático<sup>6</sup> o aún como oligárquico y plutocrático<sup>7</sup> en el otro extremo ideológico, contenía algunos principios generalmente admitidos y tratados celebrados entre las potencias, sobre la base de la concesión de ventajas recíprocas, con objetivo principal en la delimitación del ámbito espacial del ejercicio de la soberanía. Otros de los grupos de normas lo constituían el estatuto de los órganos de las relaciones internacionales, el derecho de los tratados, o los medios de solución de controversias en los que se incluían tanto los pacíficos como los medios violentos. Mientras tanto se

---

<sup>4</sup> Chaumont, Charles Cours Générale de Droit International Public, en Recueil des Cours. Académie de Droit International de La Haye, 1971, pág. 345.

<sup>5</sup> Las nuevas repúblicas americanas a partir de la Revolución Norteamericana, Turquía luego del Tratado de París de 1856, Japón y China sobre fines de ese siglo.

<sup>6</sup> Pastor Ridruejo, José A. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, Madrid, 1994, pág. 82 y sig.

<sup>7</sup> Bedjaoui, Mohammed. Towards a new international economic order. UNESCO, 1979, pág. 50.

abrían paso lentamente cuestiones como la prohibición de la esclavitud, la regulación de los ríos internacionales, la protección de la propiedad industrial e intelectual, o el *jus in bellum* y el *jus ad bellum*.

Más recientemente, la enseñanza del DIP ha debido responder a la singular movilidad que la vida internacional ha impreso a sus contenidos, avanzando de una concepción expositiva y jus privatista<sup>8</sup> hacia la eclosión jus publicista encabezada por la creación de las Naciones Unidas en 1945, en este caso basado en el principio de cooperación y caracterizado por la irrupción de una pléyade de nuevos estados que a su vez reafirmaron la existencia de algunas normas del DI clásico al tiempo que provocaban el reconocimiento y el surgimiento de nuevas fuentes.

Se abría paso asimismo el reconocimiento de la existencia de intereses de la comunidad internacional cuya preservación compromete a todos los estados. Esta concepción implica el reconocimiento, p. ej., de la existencia de normas de *jus cogens*, junto a normas de validez *erga omnes*. Se incorporaron así nuevos contenidos a la enseñanza de nuestra asignatura, impulsado en ocasiones por las consecuencias de los excesos cometidos antes y durante la Segunda Guerra mundial (crímenes contra la humanidad, violación de los derechos humanos), o por el surgimiento de nuevos problemas internacionales como es la protección del medio ambiente o aún la aparición de una nueva concepción sobre la soberanía.

Junto a estos avances se fue haciendo necesario también un marcado trabajo en vista de la codificación de las instituciones del DI que, hasta bien entrado el último siglo, se habían desarrollado sobre una base consuetudinaria, la aparición de nuevos sujetos<sup>9</sup>, nuevas instituciones<sup>10</sup> o el reconocimiento de la existencia de nuevos espacios<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Es el caso de la obra de J. F. Von Martens en Europa y en nuestro país Carlos Calvo y Amancio Alcorta.

<sup>9</sup> Marcado aumento del número de organizaciones internacionales existentes en la actualidad, junto al reconocimiento parcial de la subjetividad internacional de los pueblos, otros sujetos particulares, la Humanidad.

<sup>10</sup> La creación de tribunales internacionales como: Tribunal Internacional del Mar, el Tribunal Penal de Roma, los tribunales penales para la ex Yugoslavia, para Ruanda, para Sierra Leona, etc.

<sup>11</sup> La condición jurídica de la Luna y otros cuerpos celestes, la Zona Económica Exclusiva o la condición jurídica de los fondos marinos y oceánicos. Se inscribe en este ámbito también el establecimiento de un régimen particular en el continente antártico.



Estas profundas y permanentes modificaciones provocaron la necesidad de una nueva sistematización en la enseñanza del DIP. Podemos señalar las efectuadas por el profesor Charles Rousseau<sup>12</sup>, por Antonio Remiro Brotons<sup>13</sup>, por Hubert Thierry<sup>14</sup>. En este caso la sistematización ubica a las organizaciones internacionales en relación al mantenimiento de la paz<sup>15</sup> y a la solución pacífica de controversias, de allí que en ocasiones su estudio esté de alguna forma incluido en el estudio de otros temas<sup>16</sup>.

En la actualidad otra corriente de pensamiento europeo enfoca el estudio del DIP a partir del concepto de desarrollo<sup>17</sup>

Una nueva etapa en esta preocupación se abrió en la segunda mitad del pasado siglo con el surgimiento y posterior desarrollo del Derecho Comunitario europeo y los intentos de creación de procesos similares englobados más recientemente bajo la denominación genérica de Derecho de la Integración.

El avance de las organizaciones internacionales, como así también de los procesos de integración, entre los que el Derecho Comunitario europeo constituye un mayor grado de evolución al punto de considerársele como un “tercer orden”, ha motivado que en la enseñanza del DIP se plantee la necesidad de la división de la asignatura: por un lado las instituciones del DI propiamente dichas, por otro las organizaciones internacio-

---

<sup>12</sup> Expuesta a partir de 1930, está basada en la teoría de las competencias. Ha sido seguida por gran parte de la doctrina española y también argentina.

<sup>13</sup> Se apoya en el rol fundamental de determinados principios del DI.

<sup>14</sup> Centra su enfoque en el proceso de la formación y aplicación del DI, es seguida por parte de la doctrina española, como así también por parte de la doctrina francesa, encabezada por P. M. Dupuy, en *Droit International Public*, Dalloz, París 1995. A nivel nacional es la postura de la obra inconclusa de Moncayo, Raúl Vinuesa y Hortensia Gutiérrez Posse *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1977.

<sup>15</sup> En este ámbito se ha transformado en crucial la educación para la paz, de lo que el documento de la UNESCO (1998) cita ejemplos como el caso de la Universidad Abierta de Sukhothai Thammathirat (Tailandia). *Universidad abierta y a distancia. Perspectivas y consideraciones políticas*. Pág. 20.

<sup>16</sup> Es el caso de la obra de Jean Combacau y Serge Sur, *Droit International Public*. Montchrestien, París 2006.

<sup>17</sup> Pueyo Loza, *Reflexiones sobre la enseñanza del Derecho Internacional Público. Reflexiones sobre la enseñanza del Derecho Internacional Público* ([www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/816276.pdf](http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/816276.pdf)).

nales y por otro el Derecho de la Integración<sup>18</sup>. Esto implica que en algunas universidades se dicten como asignaturas separadas, aunque en la República Argentina los contenidos de las tres partes se encuentran incluidos en los programas de DI que se dictan en todas las carreras de Abogacía.

En cuanto a la doctrina argentina podemos encontrar diversas corrientes: por un lado la doctrina tradicional que impartió la enseñanza durante la primera parte del siglo pasado, acicateada por la situación mundial de ese momento, para la cual el acento estaba en los problemas de la guerra y la paz<sup>19</sup>, y por otro aquella que desarrolla las organizaciones internacionales a partir de la enumeración de los sujetos<sup>20</sup> y en ocasiones detrás del estudio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>21</sup>. El tránsito entre uno y otro enfoque estuvo protagonizado por L. A. Podestá Costa<sup>22</sup>.

Las modernas corrientes avanzaron con el afianzamiento de instituciones como las enunciadas más arriba, a las que se agregó la influencia de nuevos temas tales como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos junto a Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional Ambiental o el Derecho Internacional Económico.

La influencia del conocimiento de esta rama del Derecho en el mantenimiento de la paz y esencialmente en el camino a la superación de los

---

<sup>18</sup> En esta denominación incluimos tanto al Derecho Comunitario europeo como al Derecho de la Integración en procesos menos avanzados como el latinoamericano. En el caso del primero como es de suponer en las universidades europeas su enseñanza se imparte como una asignatura separada integrada a las asignaturas obligatorias en la licenciatura en Derecho. En el caso de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Derecho de la Integración se dicta como materia Opcional IV en el grado de la Carrera de Abogacía y como única cátedra de esas características existentes a nivel nacional.

<sup>19</sup> Ruiz Moreno, Isidoro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, 1934

<sup>20</sup> Díaz Cisneros, César. *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1955. Daniel Antokoletz, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1951. Moreno Quintana, Lucio *Tratado de Derecho Internacional*. Buenos Aires, 1963. Julio Barboza, *Derecho Internacional Público*, Zavalía, Buenos Aires, 2008.

<sup>21</sup> Halajczuk, Bohdan y María Teresa Moya Domínguez, *Derecho Internacional Público*, Ediar, Buenos Aires, 1978.

<sup>22</sup> Podestá Costa, L. A. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, 1955, obra ésta actualizada posteriormente por José María Ruda en 1977.

grandes problemas de la humanidad hizo que la enseñanza del Derecho Internacional Público actualmente sea objeto de profundo interés por parte de las Naciones Unidas, de la misma forma de la Organización de los Estados Americanos.

*“Los Estados deberían considerar la posibilidad de convocar conferencias de expertos en los planos nacional y regional, a fin de estudiar la cuestión de la preparación de modelos de programas y material de estudio para cursos de derecho internacional, la capacitación de profesores de derecho internacional, la preparación de libros de texto sobre derecho internacional y la utilización de tecnología moderna para facilitar la enseñanza del derecho internacional y la investigación en la materia”<sup>23</sup>.*

Como hemos visto, la cuestión de los contenidos posiblemente sea la pregunta que opera como disparadora respecto de las otras.

La cuestión podría resolverse fácilmente si centráramos la atención solamente en los contenidos, discusión ésta que ha preocupado a gran parte de la doctrina con que contamos sobre el punto<sup>24</sup>, pero que en la actualidad ha ido perdiendo peso específico atento el consenso existente en la mayoría de las universidades en las que se imparte DIP en los términos apuntados más arriba.

El análisis de este tema ha recibido un impulso notorio con posterioridad a la Segunda Guerra mundial y particularmente en el ámbito del Institut de Droit International<sup>25</sup>. En la constitución del grupo de trabajo

---

<sup>23</sup> A/Res/45/40. Ver también UNESCO. Estándares UNESCO de competencia en NTICs para docentes. 2007. Disponible en: <http://www.eduteka.org/modulos/11/342/868/1>, particularmente en cuanto hace a la aplicación de las NTICs a fin de asegurar educación de calidad para todos.

<sup>24</sup> Sobre el particular sugerimos el trabajo del Dr. Ernesto J. Rey Caro *Contenidos básicos de los programas de Derecho Internacional Público a la luz de los cambios operados en el sistema internacional*. En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Vol. 2 N° 1, 1994.

<sup>25</sup> Durante la sesión conmemorativa de su centenario en Roma (1973), convocada para analizar el tema *Voeu concernant l'enseignement universitaire du droit international*, se creó un grupo de trabajo encargado de reunir información sobre el estado de la enseñanza del DI en las diferentes regiones del mundo y de presentar recomendaciones en la siguiente reunión de esa institución.

([http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1973\\_rome\\_02\\_fr.pdf](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1973_rome_02_fr.pdf))

(Roma 1973) podemos observar que sus objetivos abarcan tanto a los estudios sobre DIP como DIPr pero restringidos al ámbito universitario, incluyendo así la enseñanza en la Carrera de Abogacía como en Relaciones Internacionales.

Pero fue en la sesión de Atenas (1979)<sup>26</sup> cuando los alcances de ese grupo se ampliaron a la enseñanza en general, primaria, secundaria o superior. En cuanto al estudio del Derecho se reconocía que respondía a las necesidades nacionales, lo que llevaba a una preparación insuficiente en relación a las necesidades de la vida internacional, teniendo en cuenta instrumentos internacionales emanados de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas como la AG. Res. 137 y 176 (II) de 1947<sup>27</sup> por las que la AG invitaba a los estados miembros a encarar la enseñanza del DI, inclusive superando las limitaciones impuestas originalmente, ya que extendía su estudio a nivel universitario a las instituciones que impartían enseñanzas en Derecho, Ciencias Económicas, Políticas, Relaciones Internacionales. En tales condiciones la tarea emprendida superaba los márgenes correspondientes al Derecho, tanto a nivel de formación como de especialización.

En la sesión de Estrasburgo (1997)<sup>28</sup>, luego de la adopción de la AG. Res. 44/23 de 1989 convocando al decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, centró la atención en las instituciones encarga-

---

<sup>26</sup> [http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1979\\_ath\\_03\\_fr.PDF](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1979_ath_03_fr.PDF)

<sup>27</sup> Asimismo la AG implementó el Programa de Asistencia de las Naciones Unidas para la enseñanza, el estudio, la difusión y una comprensión más amplia del Derecho Internacional. Posteriormente dictó otras resoluciones como la Res. 2099 (XX) de 1965 para la Asistencia Técnica para Fomentar la Enseñanza, el Estudio, la difusión y una comprensión más amplia del Derecho Internacional, posteriormente conocida como el “Programa” y la Res. 2204 (XXI) del año siguiente. A ello debe agregarse la tarea desempeñada por diferentes órganos internos en cumplimiento de la tarea encomendada <http://www.un.org/en/ga/sixth/67/PoA/A.67.518.S.pdf>. En el ámbito americano la Asamblea General había dictado la AG/DEC. 12 (XXVI-O/96) Declaración de Panamá sobre la Contribución Interamericana al Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional y en su reunión de en Lima en 1997 adoptó el Programa Interamericano para el Desarrollo del Derecho Internacional AG/RES.1471 (XXVII-O/97). A partir de allí se han venido celebrando reuniones de profesores, complementando la tarea desempeñada en el ámbito del Comité Jurídico Interamericano con el dictado habitual de sus cursos de Derecho Internacional, a lo que se agrega la realización de diversos estudios y publicaciones. Con posterioridad al estableci-

das de la enseñanza del Derecho, para lo cual fijaba como objetivo en familiarizar a los estudiantes con los elementos fundamentales de esta asignatura, en la formación básica, y dejando abierta la posibilidad de ofrecer materias opcionales vinculadas con esta temática que permitan una formación más profundizada, mientras que en otras carreras se declaraba a favor de la formación básica. En sendos anexos cita los temas básicos y los temas complementarios que entendía no debían faltar en los programas a desarrollarse, y que no son sino en líneas generales los que se imparten en la mayoría de nuestras universidades, particularmente de habla hispana.

Finalmente es importante destacar la evolución del DI a partir de 1989 y particularmente a comienzos de este siglo, con la irrupción de nuevos cuestionamientos y la consiguiente creación y puesta en funciones de tribunales internacionales como el Tribunal Internacional del Mar, el Tribunal Penal Internacional.

En cuanto al contenido de los programas actuales, se observa una profunda modificación respecto de los aplicados hace algunas décadas. Así vemos que se ha reducido, lamentablemente, el estudio de la evolución histórica del DI, lo que unido a la deficiente formación de los alumnos en niveles educativos más bajos, dificulta la fundamentación del surgimiento y desarrollo de determinadas instituciones del DI actual. Vemos también que se ha reducido la extensión del tratamiento del derecho de los conflictos armados, con un marcado desarrollo del derecho de los tratados, la responsabilidad internacional, el Derecho del Mar, la solución pacífica de controversias o las organizaciones internacionales, entre otros.

Por otra parte no debemos perder de vista que los contenidos a los que venimos haciendo referencia guardan un orden lógico que también debe ser explicitado a los alumnos. Este orden actualmente parte de la formación del DI para discurrir luego por la aplicación del mismo, con un marcado protagonismo de las competencias estatales<sup>29</sup>. Junto a ellas apa-

---

miento del Programa, se produjeron reformas a través de sendas resoluciones de la Asamblea General de la OEA ([http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho\\_internacional\\_texto\\_programa\\_actualizado.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_texto_programa_actualizado.asp)).

<sup>28</sup> Disponible en: [http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1997\\_str\\_01\\_fr.PDF](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1997_str_01_fr.PDF)

<sup>29</sup> De acuerdo con la teoría de las competencias.

rece el estudio de las organizaciones internacionales, cuya práctica entendemos debe ser de análisis en forma conjunta con cada tema y desde la formación del DI, particularmente en nuestro continente en donde se observa un creciente interés por el estudio del Derecho Interamericano, como así también por las organizaciones subregionales que fueron surgiendo más recientemente. Por otra parte la práctica en el aula demuestra que este enfoque facilita el estudio de esas organizaciones internacionales, sobre finales del programa, oportunidad en la que, familiarizados ya con su existencia y práctica, los alumnos solamente deben precisar el estudio de las mismas como estructura<sup>30</sup>.

Decíamos más arriba que la precedente sería una respuesta relativamente sencilla si centráramos la atención únicamente en los contenidos de nuestra asignatura. Sin embargo, a poco de iniciar el camino se advierte que la mera enumeración de contenidos o de un orden sistemático determinado, siempre discutible, no agota en lo más mínimo la problemática bajo análisis, habida cuenta de la dinámica del DIP en nuestro siglo.

En este punto Antonio Miaja de la Muela<sup>31</sup> advertía hace décadas sobre la necesidad de acompañar el conocimiento de los temas con la investigación científica por parte del docente y siempre dependiendo del nivel en el que se imparta la asignatura la profundidad con que se aplique esa investigación en la tarea del aula, lo que, fuerza es reconocer, se integra también a la calidad en la formación profesional que se brinde al alumno.

Quedan así yuxtapuestos los dos objetivos tradicionales de la enseñanza del DIP: formar personas cultas y formar profesionales, que en definitiva constituyen las dos caras de una misma moneda. En el primer

---

<sup>30</sup> En razón de haberlas estudiado ya en su funcionamiento. Cabe aquí una anécdota que no por dolorosa y personal pueda excluirse. En 1982 habíamos iniciado el dictado de nuestra asignatura en la UNC el día anterior al estallido de la Guerra de Malvinas. Esa fue la única oportunidad en la que comenzamos el desarrollo de los contenidos del programa de atrás para adelante, estudiando las organizaciones internacionales (ONU y OEA), y su rol en el mantenimiento de la paz.

<sup>31</sup> Miaja de la Muela, Antonio. Prólogo a *Investigación científica y Derecho Internacional*. Leonart A.J. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid 1981. Otros autores han trabajado también sobre el particular, como Fabio Marcelli, A. J. Leonart, entre otros.

caso nuestra materia simplemente podría operar como disparador de nuevas apetencias por parte del alumno, mientras que en el segundo implica la necesidad de construcción de los rudimentos del conocimiento que el alumno necesitará aplicar en su futura vida profesional, con una mentalidad abierta a las transformaciones de la sociedad en la que desempeñará su tarea y por ende en el Derecho que la rija.

He aquí entonces el nudo gordiano de las eternas discusiones entre los docentes de DIP.

En cuanto al contenido mismo de la asignatura vemos que desde la enumeración de temas efectuada por del Institut de Droit International (Strasbourg – 1997), en la vida internacional se produjeron grandes modificaciones que inclusive en ocasiones impulsaron a algunos autores a trabajar sobre la llamada *fractura del DI*<sup>32</sup>.

En efecto, la dinámica del DIP hace que permanentemente surjan nuevos temas o nuevos enfoques que llevan a la aparición<sup>33</sup> del Derecho. Es así que esta dinámica obliga a una permanente actualización por parte del profesor, pero esencialmente a que el mismo no pierda de vista la investigación, ya no sólo como necesaria para la concreción de objetivos propios como la culminación de una maestría o de un doctorado, sino como práctica permanente, inseparable de la tarea docente, y que contribuye al mantenimiento de su actualización. Aquí cabe hacer una salvedad: que la investigación a la que nos referimos coloca el acento en el docente y en su actualización permanente, sin pretender que el alumno se transforme también en un investigador en una asignatura que no siempre es de su interés y que cursa obligatoriamente. Ello no significa que se descarte totalmente la existencia entre nuestros alumnos futuros investigadores, por lo que también es posible operar en este caso como disparador de futuras vocaciones.

También cabe efectuar algunas distinciones entre países latinoamericanos, anglosajones y europeos continentales, en cuanto al contenido de

---

<sup>32</sup> Que no constituye sino una especialización dentro del DI. y tema éste sobre el que se advierte su rápida superación por parte de la doctrina más reciente, manteniéndose simplemente lo que G. Scelle llamaba “desdoblamiento funcional”.

<sup>33</sup> A modo de ejemplo podemos citar en el primer caso al Derecho de los Tratados, al Derecho del Mar, o al derecho de las organizaciones internacionales. En el segundo brilla con luz propia el nacimiento del Derecho Espacial.

los programas vigentes. En efecto, mientras en América Latina los programas incluyen las instituciones tradicionales y de más reciente evolución y las organizaciones internacionales, en los países anglosajones solamente se estudian temas específicos, mientras que en la Europa continental la enseñanza se divide en dos asignaturas: por un lado las instituciones del DIP y por el otro las organizaciones internacionales y en ocasiones una tercera asignatura reservada al Derecho Comunitario europeo<sup>34</sup>, que para nuestro subcontinente se reduce a algunos conocimientos elementales dentro de la teoría general de las organizaciones internacionales<sup>35</sup>.

Otro elemento a tomar en consideración es la posibilidad que ofrecen los más recientes planes de estudio, al brindar a los alumnos la oportunidad de cursar materias opcionales, ubicadas generalmente en los últimos años de la carrera, y que permiten una mayor profundización en determinadas áreas del DI<sup>36</sup>, como así también la interdisciplinariedad<sup>37</sup> en el Derecho.

Una cuestión que se plantea es la metodológica en cuanto al contenido del DIP y a su enfoque, ante la necesidad de mantener un equilibrio entre la realidad social en la que se aplica y un normativismo a ultranza, aunque a decir verdad la moderna doctrina ya no se plantea esta dicotomía sino que estudia la norma en base a la sociedad en que ella surge. De allí la permanente necesidad de recurrir a elementos provenientes de otras

---

<sup>34</sup> Se observa así una dispar aplicación de los contenidos mínimos establecidos por el Institut de Droit International.

<sup>35</sup> Habida cuenta que nuestros alumnos son profesionales en formación que en su gran mayoría desarrollarán su vida profesional y académica en nuestro continente, lo que no excluye una posible especialización en la integración europea, ya reservada a materias opcionales o al post grado.

<sup>36</sup> En este punto podemos citar al plan de estudios vigente en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, abierto a esta posibilidad y en la que se dictan Derecho de la Integración, Derecho de las Organizaciones Internacionales, entre otras, que a su vez permiten su enfoque en una forma interdisciplinaria, como en la primera de ellas, compartida entre docentes de DIP y de DIPr.

<sup>37</sup> Sobre el particular se viene trabajando a nivel internacional. Un artículo interesante al respecto puede leerse en: <http://miguellescotet.com/2013/la-fragmentacion-de-los-saberes/>



ciencias, ente ellas la Historia, la Sociología o la Ciencia Política, contribuyendo así a la identificación de los valores que inclusive trasciende a esas disciplinas. Es que el Derecho se orienta hacia la Justicia y ésta debe aplicarse al caso concreto en un momento y en una sociedad determinada, en los que existe también una jerarquía de esos valores que impide caer en el formalismo positivista tanto como en la utopía estéril. Y es aquí donde encontramos un punto difícilmente citado por la doctrina tradicional: la necesidad de que, dentro del marco general del DIP sea posible analizar la aplicación de esas normas en relación a situaciones planteadas en una región determinada y con características particulares<sup>38</sup>

En cuanto a la jurisprudencia a que venimos haciendo referencia debemos entenderla no sólo en relación a dictámenes o sentencias de tribunales internacionales sino también incluyendo la aplicación de normas internacionales por parte de los tribunales nacionales, Esta actividad permite constatar la aplicación práctica del DI, que será de gran importancia para el futuro ejercicio de la abogacía.

Ahora bien, hasta aquí nos hemos ocupado de la enseñanza del DIP en el grado, sea a nivel de formación de los primeros cursos, sea en el de especialización, es decir en los cursos superiores. Corresponde que nos ocupemos aunque más no sea brevemente del post grado. Y es posiblemente aquí donde menos discusiones encontremos, tal vez porque tanto los docentes como los cursantes cuentan con un plus, como es la inclinación hacia nuestra materia o asignaturas afines. Es en esta etapa en la que ya no debería ser necesario volver sobre las nociones elementales del DIP sino desarrollar temas específicos en los que sí cabe incentivar la investigación por parte del alumno.

Cerrando este punto es importante remarcar que también constituye un elemento importantísimo relacionar el estudio de las normas de derecho interno que permiten la aplicación del DI en el caso concreto. Estimamos vital este, al permitir establecer vínculos horizontales y verticales con otras asignaturas de la carrera de Abogacía, lo que solamente es posible cuando el DIP se encuentra en cursos elevados.

---

<sup>38</sup> De allí la necesidad de analizar la práctica internacional de los diferentes estados y organizaciones internacionales, contribuyendo así al conocimiento de las particularidades regionales en la aplicación del DI.

Las consideraciones precedentes nos llevan al tratamiento de los medios y métodos aplicables a la enseñanza del DIP que pasamos a analizar.

## 2. Los medios

Otra de las aristas que ofrece el tema que analizamos en esta oportunidad es la modalidad de la enseñanza en los tiempos que corren.

En efecto, en la segunda mitad del siglo pasado, los métodos de enseñanza se vieron envueltos en la discusión sobre formación o especialización, e inmovilizados por la influencia del conductismo lo que implicaba que el docente fuera el protagonista transmisor y el alumno el receptor pasivo, en la concepción de que el primero era el poseedor del conocimiento que debía ser absorbido por el segundo.

Sobre las últimas décadas del último siglo esa situación se fue modificando, no sólo de la mano de la expansión del constructivismo como doctrina pedagógica sino también por la evolución del DIP y sobre todo por la irrupción de las nuevas tecnologías que afectaron sensiblemente las modalidades de la enseñanza, el acceso a fuentes de información y a bibliografía antes de dificultoso acceso aún para el docente.

La evolución se manifestó con la modificación del rol de ambas partes del proceso de enseñanza aprendizaje, colocando más el acento en la interacción entre docente y alumno y en este último, con una dinámica diferente tanto en el aula como en la utilización de los recursos disponibles, superando las limitaciones impuestas por los textos impresos, aunque sin reemplazarlos. Los cambios continuaron con la superación de la utilización exclusiva de materiales impresos, gracias al creciente acceso a fuentes de conocimiento provistas por los medios electrónicos que se expandieron rápidamente en las últimas décadas. Estos cambios a su vez facilitaron la expansión de la enseñanza del Derecho en general y en particular de nuestra asignatura al dinamizar y profundizar otras modalidades: irrumpía así la Educación a Distancia (EaD). Al respecto vemos que ésta no constituye una modalidad en absoluto novedosa de nuestros tiempos sino que tiene profundas raíces en el Siglo XIX<sup>39</sup>, aunque con un

---

<sup>39</sup> Hasta bien entrado el Siglo XX se la conoció como educación *por correspondencia*, en virtud de los materiales utilizados y los medios para acceder a ellos. La

especial desarrollo en la última parte del Siglo XX, gracias a la difusión de la moderna tecnología (NTICs).

Este nuevo panorama a su vez conlleva mayores desafíos para ambas partes del proceso de enseñanza-aprendizaje. En efecto, ampliada la posibilidad del dictado de la asignatura bajo la modalidad presencial, en parte gracias a la utilización de las modernas tecnologías, su estudio adquirió ribetes antes impensados al desdibujarse los límites físicos del aula, complementada por la construcción del aula virtual, con una expansión hacia grupos humanos antes excluidos de su aprendizaje.

Nos detenemos en este punto por entender que estos cambios trajeron aparejada una auténtica revolución en el tema que nos ocupa. En efecto, quienes fuimos formados, como decíamos más arriba, en una universidad clásica, en la que el rol del docente era determinante y que nos permitía conocer personalmente a auténticas autoridades en la asignatura<sup>40</sup>, los límites físicos eran insalvables, particularmente en países como el nuestro en el que las grandes distancias constituyen auténticos escollos en la formación de gran cantidad de personas con aptitudes para hacerlo. Al mismo tiempo la aplicación a la educación de las tecnologías desarro-

---

etapa siguiente que calificaríamos como de la enseñanza multimedia a distancia o también como *de la telecomunicación*, cuyos comienzos podríamos ubicar en la década de los años '60 en que la radio y la televisión ya presentes en la mayoría de los hogares permitieron a operar en apoyo de la EaD. Esta tecnología es la que facilitó un mayor y mejor manejo de recursos, junto a la necesidad de avanzar en el diseño, la producción y la generación de materiales didácticos, a pesar de que aún la interacción entre docentes y alumnos y de éstos entre sí, aunque continúa siendo asíncrona y con el acento en el docente. La siguiente etapa fue la de la *enseñanza telemática* a partir de los años '80 en la que se incorpora la enseñanza asistida por ordenador (EAO) con la teleconferencia o la videoconferencia, que permite la combinación de actividades a desarrollar en forma síncrona y asíncrona. En esta etapa el acento se traslada del docente al alumno, es decir que se trata de una educación centrada en el estudiante. Algunos autores hablan de una *cuarta generación* en la que el protagonismo innegable de la computadora permite hablar de la existencia de un campus virtual, la enseñanza virtual que permite la realización de actividades y aún de evaluaciones salvando las limitaciones anteriores, como la mayor dinámica de devoluciones. A esta etapa se la conoce como la del *modelo de aprendizaje flexible*.

<sup>40</sup> En el caso particular de esta docente, al Dr. Ernesto J. Rey Caro, respecto de cuya presencia me remito a la nota de pie de página que precede a mi trabajo *El principio de reciprocidad en los procesos de integración*. En Estudios de Derecho Internacional Homenaje al profesor Dr. Ernesto J. Rey Caro. Tomo II, pág. 1399.

lladas masivamente a partir de la Segunda Guerra mundial, permitió derribar esas barreras físicas, abriendo el acceso a la formación de nivel universitario de numerosos alumnos antes excluidos del sistema educativo.

Comenzó a hablarse así de la democratización de la enseñanza universitaria. Esta concepción no implicó necesariamente la superación de las limitaciones económicas a la formación universitaria, que desde luego continúan existiendo, sino que simplemente contribuye a eliminar uno de sus obstáculos<sup>41</sup>. Aquí es de destacar el valor de esta modalidad para quienes de otra forma se verían excluidos de continuar con una educación superior por diferentes circunstancias y para los docentes que nos enfrentamos a la necesidad de producir profundos cambios aún de actitud hacia nuestra propia tarea<sup>42</sup>.

Por otra parte la expansión de esta modalidad y la aplicación de tecnologías en la modalidad presencial se imbrican en los cambios de paradigmas planteados por el apuntado avance del constructivismo sobre el conductismo, provocando un profundo cambio en el papel de cada uno de los integrantes del proceso de enseñanza-aprendizaje. Así, el docente, de poseedor del conocimiento va transitando hacia el rol de mediador en la adquisición de ese conocimiento, y afecta también el rol del alumno que se ve impulsado a transformarse en auténtico protagonista en el proceso de enseñanza – aprendizaje y en la recreación de los saberes. De todos modos este cambio aún hoy no está exento de dificultades, tanto para uno como para otros, ya que implica una pérdida de poder del docente, antes omnímodo en el aula, y la necesidad de que el alumno asuma responsabilidades y adquiera destrezas que constituyen auténticos desafíos. Lo apuntado a su vez va evidenciando la necesidad de esa permanente actualización docente, más allá inclusive del contenido específico de la asignatu-

---

<sup>41</sup> Habida cuenta que la enseñanza del DIP a distancia en la carrera de Abogacía en la República Argentina, continúa siendo patrimonio exclusivo de universidades privadas, con el consiguiente costo económico para los estudiantes. De todos modos, siempre menor en comparación con lo que implicaría a un alumno trasladarse a cientos de kilómetros, dejar su lugar de origen, familia y en ocasiones empleo, como así también los costos que implica su instalación y estudios en la sede de la universidad de que se trate.

<sup>42</sup> A modo personal el dictado de DIP en EaD durante catorce años nos permite sostener que mientras numerosos colegas nuestros llevaron su tarea a los grandes

ra<sup>43</sup>. Para ello es esencial que el profesor pueda contar con becas para el cursado de especializaciones, maestrías o doctorado, fuera del país en la medida de lo posible y en instituciones de alta calidad académica. De allí la importancia de la labor desarrollada por las organizaciones internacionales en este tema.

Otro punto a tomar en consideración es la necesidad del trabajo en equipo y de la producción de materiales<sup>44</sup>. En esto se trata también de superar el tradicional aislamiento del docente respecto de sus alumnos en el aula, para transitar hacia la realización de tareas compartiendo responsabilidades y aprovechando las capacidades especiales de los integrantes del cuerpo docente. Esta cuestión no deja de acarrear algunas dificultades, teniendo en cuenta el rechazo de algunos docentes respecto de estos métodos y especialmente de las tecnologías aplicables.

Por otra parte, la producción de materiales constituye también un concepto más reciente, y que viene de la mano de las NTICs, sin que podamos afirmar que se haya superado la discusión acerca de la supervivencia del texto impreso. Estimamos que se trata de una discusión sin sentido, atento a que no se trata de recursos que se excluyen sino que se complementan mutuamente. Sin embargo, esta tarea demanda también del docente una preparación especial y un más aceitado manejo de los recursos, de manera que facilite su aprovechamiento. En cualquier caso las bibliotecas y la bibliografía actualizadas continúan siendo el eje de la enseñanza en los ámbitos universitarios. Aún más, las modernas tecnologías están facilitando la conexión entre bibliotecas<sup>45</sup> ubicadas

---

foros internacionales a nosotros nos cupo la responsabilidad de llevar el DIP a lo más profundo de nuestro país y lograr que allí echara raíces.

<sup>43</sup> Seguramente muchos de nosotros podremos citar experiencias con docentes que, conocedores y actualizados en los contenidos de la asignatura adolecían de serias dificultades al momento de lograr un buen aprendizaje por parte de sus alumnos.

<sup>44</sup> Se trata aquí de un nuevo concepto que supera la limitación de la publicación de textos, trascendiéndola hacia la elaboración de otros materiales, que incluyen la puesta en funcionamiento de sistemas aún de clases grabadas o emitidas vía satélite o la colaboración con otras universidades a través de teleconferencias que pueden ser grabadas y colocadas en los sitios oficiales de las respectivas carreras o particularmente en el aula virtual de cada asignatura.

<sup>45</sup> Sin embargo, para acceder a algunas bibliotecas se requiere de una suscripción con alto costo económico, prohibitivo para muchas de nuestras instituciones educativas.

inclusive en distintos continentes y la digitalización de ejemplares únicos a nivel mundial permiten el acceso a materiales que, desde lugares tan distantes como ocurre con nuestra región, de otra manera hubieran sido de imposible consulta.

En cuanto a la producción de materiales, no debemos perder de vista la práctica nacional o regional. Este tema se constituye en vital para estados de América Latina, habida cuenta de la utilización de bibliografía generalmente europea, de altísima calidad académica, pero que rara vez refieren a la práctica latinoamericana o aún de nuestro continente americano<sup>46</sup>.

Ahora bien, una cuestión a resolver seguramente en los próximos tiempos es la de la protección de los derechos de autor, que está siendo objeto de serios cuestionamientos. Estamos hablando de la discusión entre derechos de autor y software libre. Es así que a menudo encontramos que publicaciones de alto nivel académico se encuentran limitadas en su acceso por esa razón, produciéndose una contradicción entre la publicidad para su utilización y la protección de los derechos de autor<sup>47</sup>. Sin embargo no escapa a nuestro conocimiento el cada vez más creciente número de revistas electrónicas que superan esas estrecheces.

Como puede observarse entonces, las dificultades referidas por diversos autores a la hora de responder a los requerimientos de los alumnos en tal sentido, se van superando paulatinamente con la utilización de los medios electrónicos, y la tradicional falta de recursos en nuestras casas de estudio se va superando al pasar a las manos tanto de docentes como de alumnos, con acceso a esos recursos en forma individual.

Como métodos entonces hemos mencionado la clase magistral, con participación del alumno o no, el recurso a las modernas tecnologías en la

---

<sup>46</sup> Sobre el particular nos permitimos recomendar un trabajo publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en ocasión de conmemorarse el segundo centenario de la Revolución de Mayo. *Homenaje al Bicentenario. Aportes argentinos y latinoamericanos al Derecho Internacional*. <http://www.acaderc.org.ar/ediciones/cuaderno-de-derecho-internacional-v/view>

<sup>47</sup> Como un medio también de asegurar la venta por medios electrónicos, lo que difícilmente ocurra habida cuenta las dificultades que plantea la crisis económica a nivel mundial. Esta contradicción aparece también en la convocatoria a congresos y actividades relacionadas con la EaD, pero que requieren presencialidad como requisito sine qua non.

búsqueda de instrumentos o jurisprudencia, y de alguna forma dejamos mencionados también el método de casos y el método de problemas. El primero condice con el tradicional análisis de la jurisprudencia a la que actualmente se puede acceder con mucha mayor facilidad a través de Internet, pero el segundo constituye un método mucho más movilizador, que obliga al alumno a saltar los límites establecidos y comenzar a desempeñar el rol de abogado, para el que se está preparando. Sin embargo no debemos perder de vista que tanto en un método como en los otros es esencial el conocimiento de los principios e instituciones propios de nuestra asignatura, sin los cuales los métodos más modernos caerían por su base, con lo que queda en evidencia la necesidad de la interacción entre todos ellos.

En este orden es interesante destacar también que ha venido siendo de aplicación habitual la clase teórico-práctica, que permite trabajar con los materiales antes expuestos, a los que hay que agregar el análisis de la práctica de otros estados. No debemos perder de vista este punto, teniendo en cuenta la riqueza de su análisis, y que debe ser tomada en cuenta a la hora de trabajar los materiales necesarios para el dictado actualizado de la asignatura.

Finalmente debemos reconocer que el contenido de la asignatura también está sensiblemente marcado por la ubicación de la asignatura en la carrera, lo que pasamos a analizar.

### **3. La ubicación**

En este punto previamente deberíamos centrar la atención en el nivel educativo en el que se imparte la asignatura y en qué carrera y dentro de él en el nivel de la currícula en la que ella se inserta.

En efecto, más allá de que en los niveles más elementales de educación sea aconsejable la introducción de algunos temas de DI es claro que en ellos no es posible mayor profundización, del mismo modo que ocurre en otras carreras de nivel universitario en las que su conocimiento no es sino instrumental, mientras que en la carrera de Abogacía, se transforma en sustancial.

A partir de allí surge el interrogante sobre su ubicación en la currícula, que estimamos esencial, a partir de la organización de ésta, conforme al

orden lógico de su construcción. Aquí no cabe sino recurrir a la propia experiencia de quienes iniciamos los estudios de Derecho con el DIP<sup>48</sup>, cuyos contenidos distaban sustancialmente de los actuales, y luego como docentes. Posteriormente la evolución de nuestra materia motivó que se trasladara a niveles superiores, pero siempre con el carácter de obligatoria<sup>49</sup>.

En cuanto a la ubicación de nuestra asignatura en la currícula de la carrera de Abogacía observamos que en algunas universidades subsiste una concepción conforme a la cual el DIP es un elemento de “cultura general” que hace a la formación del abogado, que debe ser culto<sup>50</sup>, de allí su ubicación en los primeros años de cursado. Por el contrario en los planes de estudio más actualizados encontramos al DIP en los niveles superiores y ya en una vinculación directa con el DIPr<sup>51</sup>, aunque en oca-

---

<sup>48</sup> En la UNC, el venerable Plan 104 en el que nos formáramos varias generaciones de abogados, el DIP se ubicaba en el primer año de la carrera. Posteriormente se trasladó al segundo año, en ambos casos como asignatura de cursado obligatorio y anual. Actualmente el nuevo plan de estudios lo ubica en el 10º cuatrimestre y es de cursado obligatorio.

<sup>49</sup> En experiencias posteriores se intentó un regreso a ese nivel (UBP), demostrando su impracticabilidad, al constituirse en un auténtico escollo en la carrera. Las razones son múltiples, entre ellas la debilidad de la formación intelectual de los alumnos en el nivel secundario, la complejidad de los temas que abarcan los programas vigentes, la necesidad de complementación por parte de otras asignaturas, particularmente en el ámbito del Derecho Público. Es en este punto que discrepamos con las Reglas de Bolonia para la carrera de Abogacía, atento a la apuntada experiencia. Estas Reglas surgieron a partir de la adopción de la Declaración sobre el Espacio Europeo de Educación Superior (1999) por los Ministros europeos de Educación, reunidos en esa ciudad. En el caso de la UNED se la ubica en el tercer curso de la licenciatura que abarca cuatro años de estudios, obligatoria y con carácter troncal, de cursado anual y diríamos en nivel similar al de los casos mencionados. Consideraciones aparte pueden merecernos la enseñanza del DIP en instituciones en las que la Abogacía no es sino complementaria de otra formación profesional como en instituciones dependientes de las fuerzas armadas o de seguridad (IUPFA), en las que continúa en esa ubicación.

<sup>50</sup> Ortega y Gasset, J. *El libro de las misiones* (Col. Austral) Madrid 1976, pág. 93. También *Misión de la Universidad*:

<http://www.cedus.cl/files/mision-de-la-universidad.pdf> y [http://www.cedus.cl/files/mision\\_universidad.pdf](http://www.cedus.cl/files/mision_universidad.pdf)

<sup>51</sup> Nivel de cuarto o quinto año y como antecedente inmediato una de la otra (UNC, UCASAL, UBP, entre otras).



siones con una limitación en el tiempo<sup>52</sup>, lo que implica un verdadero desafío para el docente. Esta situación responde a otra concepción en la enseñanza del Derecho, más vinculada con la profesionalización y aún con la especialización, y respondiendo a sus posibilidades de aplicación práctica en la vida diaria de un profesional.

Se advierte que esta ubicación reditúa algunos beneficios. Entre ellos la reducción del número de alumnos a partir de la natural decantación producida en los cursos inferiores; la posibilidad de que el alumno se encuentre en condiciones de relacionar los nuevos conocimientos con asignaturas ya cursadas, particularmente en el ámbito del Derecho Público, tendiendo así lazos tanto horizontales como verticales en el cursado de su carrera. Finalmente; y algo sobre lo que no reflexionamos a menudo, la madurez del alumno tanto en virtud de los conocimientos adquiridos como aún por su edad y las motivaciones que lo empujan a completar sus estudios, punto éste no desdeñable y a tomar en consideración.

Un punto sobre el que deseamos detenernos mínimamente es en la ubicación en niveles de formación o de especialización. En el primer caso, es posible advertir que en instituciones en las que la Abogacía se imparte más como complemento de otra formación profesional, como ocurre en las fuerzas armadas o de seguridad, es habitual su dictado en los primeros años de cursado, aunque no sea aconsejable, por las dificultades que plantea en su aprendizaje, si bien las mismas se ven superadas por la madurez profesional del alumno. En el segundo caso, su ubicación en un nivel alto de la currícula no implica necesariamente especialización sino la continuidad de un orden lógico dentro de la carrera.

Decíamos que la limitación en el tiempo constituye un verdadero desafío para el profesor, lo que no es desdeñable. Es así que el traslado de un nivel inicial a un nivel superior facilita en gran medida la resolución de las posibles dificultades planteadas por la reducción a un cuatrimestre, atento al nivel de conocimientos y de madurez de los alumnos dentro de la carrera.

---

<sup>52</sup> Existe una tendencia a limitarla a un cuatrimestre.

#### 4. Las razones

La respuesta al ¿por qué? se vincula con el rol que desempeña el conocimiento de esta asignatura en la formación del jurista. Adviértase que con esta denominación intentamos flexibilizar los alcances y contenidos del DI de manera que no se circunscriba estrictamente a un tipo de determinado de abogado sino que deje abierta aún la posibilidad de que en su desempeño supere lo estrictamente profesional.

En tales condiciones, las limitaciones que se advierten en las universidades anglosajonas que reducen su enseñanza a temas específicos y en ocasiones de manera opcional, en nuestras universidades latinoamericanas son superadas por el cursado en forma obligatoria en diferentes niveles de la currícula, y con los contenidos a que hacíamos referencia más arriba.

En nuestro caso a menudo llamamos la atención a nuestros alumnos sobre el hecho de ignorar, nosotros y ellos, si en la clase se encuentra presente un futuro juez, abogado que ejerza la profesión en forma liberal o de empresas, un ama de casa, un catedrático o un presidente de la República<sup>53</sup>. En consecuencia es nuestra obligación intentar que la formación que reciban sea de la mayor calidad posible, superando así las apuntadas limitaciones<sup>54</sup>.

En punto a la calidad cabe hacer también algunas reflexiones respecto de la calificación de nuestras universidades. Es así que en las universidades de nuestro continente, y particularmente del MERCOSUR, uno de los elementos que se incluyen en su categorización y acreditación es la utilización de tecnologías<sup>55</sup>, tema éste que constituye un auténtico reto y a la vez acicate en la actualización docente en nuestra asignatura.

---

<sup>53</sup> Es allí donde insertamos anécdotas que facilitan la comprensión del tema.

<sup>54</sup> A menudo destacamos la importancia de este punto, más allá de esas dificultades, resaltando que a pesar de todas ellas, nuestros alumnos tienen derecho a recibir la misma educación de calidad que sus pares de países desarrollados.

<sup>55</sup> En el caso de Europa el proyecto *U-Multirank* clasificará las universidades de acuerdo a una “amplia gama de factores” distribuidos en “cinco áreas independientes”. Las instituciones serán puntuadas según su “reputación para la investigación”, por la “calidad de la enseñanza y el aprendizaje”, su “orientación internacional”, su “éxito en la transferencia de conocimientos” y por su contribución al “crecimiento regional”. <http://www.madrimasd.org/informacionidi/noticias/noticia.asp?id=55668&origen=RSS>

Superadas las discusiones sobre la ubicación del DIP en la currícula aparecen con características propias los fundamentos de su enseñanza en la carrera de Abogacía, máxime teniendo en cuenta la formación profesional que se tiene en vista al encarar una carrera universitaria. He aquí una de las grandes cuestiones aún pendientes y que escapa generalmente a la visión del abogado profesional o aún a los propios jueces<sup>56</sup>. No entraremos aquí a discutir sobre las fuentes del DIP por no ser objeto de este trabajo, bástenos con recordar que detrás de una norma de Derecho Internacional está la responsabilidad del Estado soberano y a partir de allí la concepción mecanicista, si se nos permite la expresión, cede y se diluye, colocando al abogado práctico ante un signo de preguntas gigantesco. He aquí entonces la importancia de la formación de calidad del abogado, con una mentalidad abierta y flexible que le permita advertir el surgimiento inclusive de nuevas ramas del Derecho.

Para ello entendemos de vital importancia la realización de actividades de aplicación durante el desarrollo de la asignatura y como una tarea habitual, sea analizando casos de jurisprudencia, sea colocando al alumno ante el reto de resolver casos supuestos sobre la base de los conceptos adquiridos en el aula. En el primer caso el alumno analiza, reflexiona, en el segundo se transforma en protagonista, se enfrenta a la necesidad de encontrar las vías de análisis del caso, pero sobre todo, debe asumir su responsabilidad con libertad en la elección de los medios<sup>57</sup>, lo que no implica sino que asuma las mismas dificultades con las que se encontrará en el ejercicio de la profesión. Por otra parte, la utilización de la jurisprudencia en temas de DIP, sea nacional o internacional, ya es indiscutida y viene siendo prohijada por la mayoría de los autores desde hace décadas, inclusive con publicaciones de gran prestigio y tradición<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Que persisten, por ejemplo, en aplicar a la interpretación de las normas internacionales los mismos principios aplicables desde el derecho interno y de la misma forma que lo hacen en el derecho civil o en el derecho penal.

<sup>57</sup> En la práctica habitual en el aula son evidentes las dificultades de los alumnos para estudiar un caso y buscar vías de abordaje de la cuestión planteada, simplemente porque en las asignaturas ya cursadas suelen desempeñar un rol absolutamente pasivo.

<sup>58</sup> A modo de simple referencia podemos citar las publicaciones de Victoria Abellán Honrubia *Prácticas de Derecho Internacional Público*, J. M. Bosh Editor. Barcelona, 1993; Victoria Abellán Honrubia y otros *Prácticas de Derecho Comunita-*

Es en este punto que irrumpen las modernas tecnologías que, a no dudar, facilitan el acceso a la información. Sin embargo su utilización no debe reducirse a esa única actividad porque en ese caso simplemente estaríamos cambiando de instrumento: de una biblioteca a una computadora, pero el proceso sería el mismo. He ahí el apuntado reto a ambas partes del proceso de enseñanza – aprendizaje, porque el docente debe estar preparado para la utilización de esos recursos y el alumno se verá obligado a familiarizarse con los mismos<sup>59</sup>. Se aduce que en nuestras universidades públicas no existen computadoras suficientes para el trabajo en el aula. He aquí otro error, particularmente en la carrera de Abogacía, ya que, p.ej. la utilización del PPT por parte del docente en el aula tampoco implica gran innovación, ya que en este caso estaríamos reemplazando instrumentos como el pizarrón y la tiza por la informática, a menos que se utilizara una pizarra electrónica en la que el recurso técnico adquiere otras dimensiones. Por el contrario, las posibilidades que ofrecen las NTICs superan largamente los estrechos márgenes de la bibliografía tradicional, de la comunicación entre docente y alumno y de éstos entre sí<sup>60</sup>.

---

*rio Europeo*, Tecnos. Madrid 1995; Oriol Casanovas y La Rosa, *Casos y textos de Derecho Internacional Público*, Tecnos. Madrid; Antonio Fernández Tomás *Derecho Internacional Público, Casos y Materiales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1995; Julio D. González Campos y otros. *Materiales de Práctica de Derecho Internacional Público*, Tecnos. Madrid, 2002; Luis I. Sánchez Rodríguez y otros *Cuadernos de jurisprudencia internacional*, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutencia. Madrid 2005; Graciela R. Salas *Temas de Derecho Internacional. Casos prácticos*, Advocatus. Córdoba, Argentina, 2001, entre otros. Este material se constituye en fundamental, habida cuenta de la extensión de las resoluciones y sentencias internacionales y la dificultad, en ocasiones insalvable, de que los textos originales se han publicado en inglés y/o en francés, constituyendo éste no sólo un impedimento para los alumnos sino también una cuestión pendiente para los países de habla hispana.

<sup>59</sup> Es asombroso comprobar que, formando parte de la generación informática y utilizándola como medio de comunicación habitual, los alumnos no hacen la misma utilización con fines académicos.

<sup>60</sup> También adquieren características particulares los recursos pedagógicos tradicionales como los mapas conceptuales, autoevaluaciones, trabajos prácticos, junto a nuevas aplicaciones como el portfolio o los foros de discusión.

Aparece a continuación otra cuestión a menudo discutida aún entre los propios colegas acerca de la posibilidad de la práctica en DIP<sup>61</sup> como actividad separada del dictado de la asignatura. Los negadores soslayan las técnicas modernas que han venido de la mano de los procesos simulados, algunos de ellos de gran prestigio y trayectoria a nivel internacional<sup>62</sup>, como así también de otras simulaciones<sup>63</sup>. Esta práctica, instrumentada en ocasiones en forma opcional<sup>64</sup> y como complementaria a las asignaturas obligatorias, viene demostrando su importancia, particularmente en el afianzamiento de los conocimientos adquiridos al cursar DIP en forma regular, el manejo de estrategias, de vital importancia ya sobre la finalización de la carrera. De allí la importancia de la inclusión del DIP en la formación del abogado, en los últimos años de la carrera de grado y con una visión permanente de la práctica tanto a nivel interno cuanto internacional.

Como puede colegirse de lo antes expuesto, las razones por las cuales se incluye nuestra asignatura en la formación del futuro abogado, no se limita a la consideración de estos conocimientos como de formación cultural, sino de fondo, sin cuyos contenidos el alumno se vería enfrentado a serias dificultades en su futuro profesional, rescatando así su complementariedad con otras ramas del Derecho consideradas importantes para el aprendizaje del DIP pero que a su vez cierran con el proceso de enseñanza – aprendizaje que protagoniza durante toda su estancia en la universidad.

---

<sup>61</sup> Se ha sostenido que en universidades de provincia como la nuestra, aunque con una gran trayectoria en la formación universitaria argentina, no es posible la práctica y solamente se puede estudiar la jurisprudencia nacional o internacional.

<sup>62</sup> A modo de ejemplo podemos citar el *Concours Rousseau de Procés Simulé*, la competencia Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition, el Concurso Interamericano de Derecho al Desarrollo Sostenible, entre otros en los que han participado grupos de nuestros alumnos.

<sup>63</sup> Es el caso de las simulaciones en el seno de organizaciones internacionales o de gabinetes de crisis. En este último caso permite también la integración entre las instituciones educativas participantes.

<sup>64</sup> El plan de estudios vigente actualmente en la Carrera de Abogacía de la UNC obliga a los alumnos a cursar asignaturas opcionales y tres prácticas, pudiendo optar en la tercera de ellas por diferentes ofertas, entre las que se cuentan los litigios internacionales, a nuestro cargo.

## Conclusiones

Coronando el desarrollo anterior, no podemos menos que dejar abierta la serie de interrogantes planteada y sobre todo un tema no abordado como es el de la vocación, mencionada al comienzo de este trabajo, presupuesto éste que tiñe toda la tarea docente y se asoma en la actitud del alumno. Por un lado nos une esa vocación por el DIP y por el otro la misma se constituye en una verdadera balsa que nos ha mantenido a flote a pesar de las tempestades, fueran éstas académicas o no.

Finalizar con estas consideraciones aparece como una tarea imposible, teniendo en cuenta que los cuestionamientos planteados no hacen sino describir una realidad arto conocida por quienes impartimos la enseñanza del DI. A pesar de ello creemos interesante remarcar algunas cuestiones que no por conocidas habitualmente sean objeto de mayores publicaciones ni de discusiones académicas.

Por otro lado reconocer que somos artífices de nuestro propio desarrollo, tratando de acompañar la dinámica de la asignatura que enseñamos.

También que en nuestra tarea interactuamos de tal forma con la otra parte del proceso de enseñanza – aprendizaje, como es el alumno, que constituimos una unidad inescindible, sin perder nuestra individualidad ni nuestra libertad<sup>65</sup>, aunque su ejercicio implique correr riesgos, atravesar dificultades y resolver incertidumbres.

Finalmente sea cual sea la respuesta a los precedentes interrogantes, continuaremos con el planteamiento de nuevas cuestiones que al menos van a acicatear a quienes comparten esta tarea y a quienes continúen con ella.

*Dra. Graciela R. Salas  
Córdoba, Argentina  
Febrero de 2013*

---

<sup>65</sup> Suelo decir que nuestros alumnos son los hijos que damos a la libertad, porque nuestra tarea se reduce nada más ni nada menos que a mostrar un camino que ellos emprenderán o no, conforme a su propia decisión.

# THE HUMAN RIGHT TO WATER

Marco PARRICIATU  
Francesco SINDICO

## 1. Introduction: global water crisis and water scarcity

Our planet contains large amounts of water: the sea with oceans, the perpetual ice of polar icecaps and mountain ranges, rivers, lakes, marshes, aquifers, the atmosphere, living creatures. Water is part of a single cycle: the so- called *hydrological cycle*. Nevertheless, of this great amount of water only 2,5% can be used, being fresh water: the remaining 97,5% is salt water contained in the oceans. Of this 2,5%, 68,7% is represented by perpetual ice, 30,1% by groundwater, 0,8% by permafrost and only 0,3% is finally represented by surface fresh water. 67% of surface waters is, in turn, contained in fresh water lakes, 9,5% in atmosphere, 12,2% in wetlands, 8,5% in marshy areas, 1,6% in rivers and the 0,8% in plants and animals<sup>1</sup>.

Despite its fundamental characteristic, namely to render life possible on Earth<sup>2</sup>, water is nowadays under serious and real threat. The extreme vulnerability to which such a vital resource is exposed might lead to a number of unpredictable consequences<sup>3</sup>. Such vulnerability, combined with

---

<sup>1</sup> Shiklomanov and Rodda, Fao- Aquastat 2003, UNESCO, *Water for People Water for Life, The United Nations World Water Development Report*, 2003.

<sup>2</sup> A chronic and extended lack in the availability of a sufficient quantity and quality of freshwater will lead to certain death. In fact, the human body cannot survive for more than one day without water while people have survived without food for weeks or even months.

<sup>3</sup> V. *infra* note 7.

the lack of regulation and administration over freshwater resources and infrastructures, can lead to the decay of entire civilizations. On this point it is worthy mentioning what, according to Caponera, were the elements responsible of the decay of early hydraulic civilizations:

“[...] the development and growth of early hydraulic civilizations were closely related to the degree of effectiveness of the administrative-managerial, religious and legal controls imposed on water use; on the other hand, diminished social concern over the management of water has been one of the main causes of the subsequent decay, and sometimes disappearance, of early hydraulic civilizations. A typical example is the disappearance of the Mesopotamian civilization as a consequence of diminished administrative control over the canals, which became burdened with silt [...] the decay or disappearance of early hydraulic civilizations is [...] a consequence of decreased concern in the upkeep or maintenance of waterworks and canalizations structures, which caused their filling up with mud, siltation or salinization [...] the softening of or the lack of respect for existing regulations caused the decadence and eventual disappearance of the civilization [...] [t]he past history of water control and management should point out to present and future generations that an adequate management of water resources is a prerequisite for civilised progress and human survival”<sup>4</sup>.

The reasoning of Caponera, valid for early hydraulic civilizations, is also relevant nowadays in the current so-called “age of water scarcity”. In fact, water management and regulation are becoming, according to some, even more serious as makers or breakers of civilizations<sup>5</sup>.

Although the amount of freshwater available on the planet never changes - in other words there is always the same quantity of water – its distribution is extremely different from region to region: it is the geographical inequality of water<sup>6</sup>. On the other hand, even the availability of freshwater

---

<sup>4</sup> CAPONERA D. A., *Principles of Water Law and Administration: National and International*, Rotterdam, 1992, at 11-27.

<sup>5</sup> See the work of SOLOMON S., *Water: the Epic Struggle for Wealth, Power, and Civilization*, New York, 2010.

<sup>6</sup> For example, Spain’s very wet northern regions lie hand in hand with the dry south, which experiences persistent periods of abnormally low rainfalls leading to severe droughts critically affecting the agricultural-based local economy. The



itself, namely the quantity, is now facing problems like disproportionate exploitation, grave pollution and strong competition over different uses. Also, the permanent or semi-permanent alterations of water natural characteristics, due to pollution or soil impoverishment, impact enormously on its quality. Moreover, the effects and dangers of climate change caused by global warming<sup>7</sup> will amplify water demand with acute consequences on our health and present lifestyles<sup>8</sup>. Thus, the variation in the geographical distribution, overexploitation, severe pollution from industrial, municipal and agricultural sources, increasing competition between users and usages, different social allocation, climate change consequences, demographic pressure and higher demand for food security and socio-economic well-being, have led to the so-called *water crisis*. As water pollution, consumptive use, population growth and competition between different uses increase, water availability decreases leading to *water scarcity*<sup>9</sup>.

---

Mediterranean's particular climatic and geographic conditions shape the importance of water in this region of the world. Surprisingly, even wide regions of the northern shore of the Mediterranean Sea have been classified at high risk of desertification, with a number of action plans provided by international and domestic organisations already in operation. See UNCCD (UNITED NATIONS CONVENTION TO COMBAT DESERTIFICATION), *Third Reporting Process on UNCCD Implementation, Affected Countries Parties*, Buenos Aires, 2006. See also the EU Survey done by Joint Research Center of EU available at [http://eusoils.jrc.ec.europa.eu/events/Conferences/2007/Desertification\\_Europe.pdf](http://eusoils.jrc.ec.europa.eu/events/Conferences/2007/Desertification_Europe.pdf) (last visited 27/03/2013).

<sup>7</sup> UNESCO, *World Water Development Report 3: Water in a Changing World*, Paris - London, 2009, at 68; INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), *Climate Change 2007: Fourth Assessment Report (AR4)*, Cambridge, 2007.

<sup>8</sup> Climate change, in fact, can directly affect the hydrological cycle and, through it, the quantity and quality of freshwater resources; IPCC, *supra* note 7..

<sup>9</sup> In 2005 35% of the population of the OECD was living in areas of severe water stress compared with 44% worldwide. Forecasts suggest that by 2025, "1.8 billion people will be living in countries or regions with absolute water scarcity, and two-thirds of the world population could be under stress conditions, most in non-OECD countries"; OECD (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT) – FAO, *Agricultural Outlook 2009-2018*, June 2009. According to official data provided by OECD in 2008, in 2030 at least 47% of the world population will be living in areas of high water stress and more than 5 billion people across the planet may still not be connected to public sewerage system; see OECD, *Environment Outlook to 2030*, Paris.

Against this background, a constant decline in water availability leads to a certain intensification of conflicts<sup>10</sup> on the allocation of and competition for water. In this picture the need of legal certainty and accountability, together with the establishment of new obligations, is not only desirable but necessary. Conflict avoidance can be secured if the management of freshwater resources is linked to a legal and regulatory framework that promotes public participation and accountability within the decision-making process. It is in this context that we discuss the human right to water and sanitation<sup>11</sup>. This chapter is divided in two main sections. Section 2 takes the reader through the different historical phases that lead to conclude that a human right to water and sanitation is actually emerging. Section 3 focuses on the practical consequences of making such a statement and it analyses whether a human right to water and sanitation is justiciable and what kind of obligation it imposes upon a State.

## 2. The emergence of a human right to water

This section will trace how the human right to water and sanitation has emerged within the international community. First, an analysis of whether other international human rights legal instruments have accommodated a human right to water and sanitation will take place,

---

<sup>10</sup> Water conflicts are well described in SHIVA V., *Water Wars. Privatization, Pollution and Profit*, Cambridge (MA), 2002. For a different perspective see DAVIS J.R. and HIRJI, R., *The Myth of Water Wars*, in 'Geo. J. Int'l Aff.', Vol. 6, 2005.

<sup>11</sup> Previous work on human right to water include, amongst others, WINKLER I., *The Human Right to Water: Significance, Legal Status and Implications for Water Allocation*, (Oxford, Hart), 2012; GUPTA J., AHLERS, R AND AHMED, L., *The Human Right to Water: Moving Towards Consensus in a Fragmented World*, in 'RECIEL', Vol. 19:3, 2010; BATES, R., *The Road to the Well: An Evaluation of the Customary Right to Water*, in 'RECIEL', Vol. 19:3, 2010; GLEICK, P., *The Human Right to Water*, in 'Water Policy', Vol. 1:5, 1999; DUPUY M. P., *Le droit à l'eau, un droit international?*, in EUI Working Paper LAW n° 2006/06, Florence, 2006; McCAFFREY S. C., *A Human Right to Water: Domestic and International Implications*, in 'The Georgetown Int'l Env'tl. Law Review', Vol. 5:1, 1992; SÁNCHEZ, V. M., *Hacia un Derecho humano fundamental al agua en el Derecho internacional*, in 'Revista Electrónica de Estudios Internacionales', Vol. 16, 2008

followed by a discussion of three key documents that focus on such a right: the 2003 Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment 15, the 2010 United Nations Human Rights Council (hereinafter UNHRC) Resolution 15/9 (amongst others) and the 2010 United Nations General Assembly (hereinafter UNGA) Resolution A/64/L.63/Rev.1. Finally, this section will explore whether the combined interpretation of the above-mentioned instruments clarifies the human right to water and sanitation.

### *2.1. First attempts to frame a human right to water*

The emergence of a water crisis in the last decades has urged policymakers, international organisations and the public opinion to rise to the challenge and start discussing ways in which to deal with this global problem. Particularly among scholars and policymakers debates and discussions upon water were not rare. Since the 1960s the international community *latu sensu* has increasingly adopted a number of international instruments<sup>12</sup> (both binding and non-binding) enshrining rules and obligations over rights of utilization, rights of ownership and rights of mere exploitation of shared freshwater resources. At that time water was still considered just as a factor of production, as any other serving the indus-

---

<sup>12</sup> For instance in 1966 the International Law Association (ILA) adopted a conceptual precursor of the 1997 *United Nations Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses* known as “The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers”, see: INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Helsinki Rules*, Report of the Fifty-second Helsinki Conference (1966), London, 1967. During the 1970s a series of global mega-conferences at a high decision-making level on critical global issues were organised under the United Nations auspices. One of these mega-conferences was held in Mar del Plata in 1977 focusing on water issues. Although the United Nation Water Conference in Mar del Plata is a milestone in the field of water law, it did not have an immediate follow up. In fact, after the Mar del Plata Conference, water as an issue was substantially removed from the international political agenda. Only 15 years later, in occasion of the 1992 Rio Conference, issues like climate change, biodiversity, deforestation and ozone depletion took the centre stage. Chapter 18 of Agenda 21 dealt with water though it has been considered, by many observers, as the most poorly formulated chapter throughout the Document.

trial and agriculture sectors. Likewise, the global interdependence and reciprocal influence was completely ignored, as a true water crisis would have exploded only few decades later. Nonetheless, in the early 1990s a new awareness on water issues combined with the emergence of the first signs of freshwaters deterioration in quality and quantity have led to the adoption of a new set of international instruments dealing with water use and management. Among these, it is worthy mentioning the *Dublin Statement on Water and Sustainable Development*<sup>13</sup>, adopted in January 1992 by the International Conference on Water and the Environment held in Dublin, Article 2 of the *Rio Declaration*<sup>14</sup> and Chapter 18<sup>15</sup> of *Agen-*

---

<sup>13</sup> The Dublin Conference was expected to formulate sustainable water policies and an action program to be evaluated by the Rio UNCED. The Dublin Conference reports set out recommendations for action at local, national and international levels, based on the following four guiding principles: 1) fresh water is a finite, vulnerable, and essential resource; 2) participatory approach, involving users, planners, and policymakers, at all levels of water development and management; 3) recognition to women to serve a central role in the provision, management and safeguarding of water; 4) water should be considered as an 'economic good'. This latter principle has been highly debated and met opposition by water professional from the developing countries. The major limits of the Dublin Conference were that it was, mostly, a meeting of experts rather than an intergovernmental meeting, and that it did not consider the outcomes of the Mar del Plata Conference. Unlike the latter, there was a lack of active participation from the developing countries, which was heavily criticised. The Dublin Statement on Water and Sustainable Development<sup>13</sup> invoked a holistic approach to planning and managing water resources necessary to preserve aquatic ecosystems and make their benefits available to society on a sustainable basis. The principles encompassed within the Statement provide guidance for States for the protection of water resources from overconsumption, pollution, floods and droughts at the national and international levels<sup>13</sup>. The principles stress the basic right of all human beings to have access to clean water and sanitation at an affordable price as means for achieving equitable utilisation and encouraging water conservation.

<sup>14</sup> It refers to the sovereign rights of States to exploit their own resources based on international law and the Charter of the UN along with an obligation not to cause harm to other States. In doing so, the Rio Declaration recommends Governments to establish equitable partnerships through cooperation with a vision to conclude international agreements, which respect the interests of all and protect the global environment. See UNCED, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, UN DOC. A/CONF.151/26, Vol. I, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992.

<sup>15</sup> Chapter 18 of Agenda 21 confirms what the Rio Declaration has already embraced including more elaboration on the integrated approaches to development,

da 21, both adopted during the 1992 United Nations Conference on Environment and Development (UNCED).

However, it was only in the early 1990s that scholars advanced new theories about an emerging right: the human right to water. Having said that, it is noteworthy to highlight that from the end of the Second World War, a number of disparate international instruments<sup>16</sup> have begun envisaging rights related to water, but they were a far cry from grounding

---

integration of land and water activities within the management and use of water resources and greater emphasis on the need to cooperate and establish mechanisms to solve transboundary issues: “[t]he institutional arrangements needed to ensure the efficient collection, processing, storage, retrieval and dissemination to users of information about the quantity and quality of available water resources at the level of catchments and groundwaters aquifers in an integrated manner”. This Chapter recommends an ‘ecosystem approach’ referring to the unitary nature of freshwater bodies and the interconnectedness of the elements related to freshwater quality. Additionally, a reference is also made to the importance of considering the human basic needs and need to safeguard the ecosystem when prioritizing uses. The text includes also recommendations and action plans pertinent to the implementation of the principles in specific areas. Among the guidelines recommended for the achievement of such an integrated and rational management, Chapter 18 of Agenda 21 included the identification of: “[t]he surface and groundwaters resources that could be developed on a sustainable basis and other major developable water-dependent resources and, simultaneously, to initiate programmes for the protection, conservation, and rational use of these resources on a sustainable basis”. See: UNCED, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, UN Doc. A/CONF.151/26, Vol. I, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992.

<sup>16</sup> Along this path, the following can be mentioned as the most important: Article 54 “Protection of objects indispensable to the survival of the civilian population” of the *Protocol I of 1977 Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949* reads: “Is prohibited to attack, destroy remove or render useless objects indispensable to the survival of the civilian population such as [...] drinking water installations and supplies”; Articles 85, 89 and 127 of the *1949 Geneva Convention relative to the Treatment of Civilian Persons in Time of War*; Article 14 paragraph 2 (lett. h) of the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* entered into force on 3 September 1981; Article 24.2 subparagraph c) of the *1989 Convention on the Rights of the Child*; Paragraph 2 Article 10 of the *1997 Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses* states that “in the event of a conflict between uses of an international watercourse, it shall be resolved [...] with special regard being given to the requirements of vital human needs”; eventually, Chapters III and IV of the 2000 “*Millennium Declaration*” adopted by the U.N. General Assembly in Resolution 55/2.

a new human right within international law. Notwithstanding the heterogeneity of these international instruments, which mirrors the fragmentation of contemporary international law, all seem to have contributed to the progressive establishment of a *corpus*<sup>17</sup> dealing with a human right to water. At the time the major concern of many authors<sup>18</sup> was, on the one hand, to grasp the reason why a human right to water had not been given that attention that it would have required - given its importance in sustaining life; on the other hand, to infer such a right from the existing international legal framework provided by the combined provisions of Article 25<sup>19</sup> of the *1948 Universal Declaration of Human Rights* with Article 11<sup>20</sup> and 12 of the *1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (hereinafter ICESCR) and Article 6, paragraph 1<sup>21</sup>, of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (hereinafter ICCPR).

Can a human right to water be inferred from the human right to life? According to McCaffrey, a right to water is implicit within the conceptual notion of adequacy of a standard of living to protect the health and well-being contained in Article 25 of the *Universal Declaration of Human Rights*<sup>22</sup>. It can also be implicit in reading Article 6, paragraph 1 of the ICCPR affirming the human right to life. However, there are two different

---

<sup>17</sup> “Quoiqu’il en soit, au-delà de leur différences statutaires et substantielles, l’accumulation de ces manifestations de volonté contribue sans doute à l’affirmation progressive d’un « droit à l’eau » envisagé comme un droit de l’homme ou, si l’on préfère, un « droit de la personne » [...]”. See DUPUY M. P., *supra* note 12.

<sup>18</sup> See for all McCAFFREY S. C., *supra* note 12.

<sup>19</sup> “*Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food [...]*”, DECLARATION OF HUMAN RIGHTS, G.A. RES. 217, U.N. DOC. A/64, New York, 1948.

<sup>20</sup> “*The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions [...]*”, INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, G.A. RES. 2200, U.N. DOC. A/6316, 1967.

<sup>21</sup> “*Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life*”, INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS, G.A. RES. 2200, U.N. DOC. A/6316, 1967.

<sup>22</sup> *Supra*, note 21, at 8.

approaches concerning the human right to life: the first one is a restrictive interpretation according to which the right to life is the right not to be deprived of life, which requires States to abstain from arbitrary deprivation of life; the second one is an expansive interpretation according to which every human being has the right to have appropriate means of subsistence and a decent standard of life. The right to water and sanitation can be inferred from the human right to life only if this second interpretation is accepted<sup>23</sup>. The systematisation of the combined action of such sources of law constitutes the seeds of a possible human right to water.

## 2.2. *Human right to water in General Comment no 15*

Although the doctrine had, to some extent, already defined a human right to water, the very strong recognition of a human right to water appears strongly in General Comment 15, adopted in 2002 by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights<sup>24</sup>. As a ‘prerequisite’ for the realization of other human rights, the human right to water is ‘necessary to prevent death’: in other words the right to life is strictly dependant on water. What is, however, the normative content of this human right to water in practical terms, and to what extent has it been outlined by General Comment 15? By inferring the human right to water from Arts. 11 and 12 of the ICESCR, the Committee clarified the genuine contours of a human right to water, expressing them in terms of access to water supply<sup>25</sup> and to sanitation<sup>26</sup>. As every right, also the right to water encompasses freedoms (the right to maintain access to existing water supply and the

---

<sup>23</sup>See DUPUY, *supra*, note 12.

<sup>24</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *General Comment No. 15: the Right to Water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, E/C.12/2002/11, Geneva, 2003.

<sup>25</sup> It would entitle everyone to sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable water for personal and domestic uses. *Ibid.*, para. 2.

<sup>26</sup> It would mean the right to an adequate amount of safe water necessary to prevent death from water-related disease, dehydration, and to provide for consumption, personal and domestic hygienic requirements. *Ibid.*

right to be free from interference - arbitrary disconnection or contamination of water supply)<sup>27</sup> and entitlements (the right to the equality of opportunity in the management of the water supply system)<sup>28</sup> for groups or individuals. A human right to water also provides for obligations to which States are bound: ensuring access to sufficient and safe amount of water for personal and domestic use<sup>29</sup>; taking measures to prevent, treat and control diseases linked with water; and ensuring access to adequate sanitation<sup>30</sup>. Furthermore, but not less important, the right calls upon States to address and guarantee access to water and water facilities to disadvantaged or marginalized groups on a “non-discriminatory basis”<sup>31</sup>, with particular attention to women, children, indigenous peoples, nomadic and traveller communities, refugees, asylum-seekers, prisoners, older persons and persons living in arid or semi-arid areas or in small islands<sup>32</sup>. Further obligations deal with genuine public participation<sup>33</sup>, especially during the adoption and implementation of national strategies and plans of action, which must be established on the basis of a participatory and transparent process<sup>34</sup>.

Whether or not such a right to water, as outlined in General Comment 15, enjoys an adequate degree of effectiveness, inasmuch as Article 2 paragraph 1 of the ICESCR applies, is disputed. In other terms, can an individual victim appeal a domestic or international competent court for the violations of the human right to water? According to Tanzi:

“the obligation for States correspondent to the human right to water is one of *due diligence*<sup>35</sup>. This view is corroborated by the wording of

---

<sup>27</sup> *ibid.* Para. 10.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *ibid.* Para. 37 lett. (a).

<sup>30</sup> *ibid.* Lett. (i).

<sup>31</sup> The right to water must be enjoyed without discrimination on the grounds of race, sex, age, birth, nationality, language, religion, political opinion, sexual orientation, civil or political status, physical or health status (including HIV/AIDS), as is enshrined in Arts. 2 and 3 of the ESCR Covenant, para. 13.

<sup>32</sup> Para. 16.

<sup>33</sup> Para. 24.

<sup>34</sup> Para. 37, lett. (f).

<sup>35</sup> Emphasis added.



the provisions in question, by legal literature and by interpretative practice [...]. Hence, such obligations can be said to be immediately enforceable in the sense that the States to which those obligations are addressed have to appropriately discharge their duty of care from the time they enter into force for their addressees”<sup>36</sup>.

However, a due diligence obligation does not imply an *obligation of result* making the access to water immediately effective and tangible. Rather, States would only be under the obligation to undertake in *good faith* all the appropriate measures in order to provide an adequate quantity and quality of water, to guarantee a transparent and participatory process in the management of freshwater resources and to pay particular attention to minorities and disadvantaged or marginalized groups<sup>37</sup>. The due diligence obligation would not envisage that States effectively guarantee that entitled individuals or groups have access to water and sanitation, nor that the public effectively take part to the decision-making process on water issues. All that is needed for the obligation to be met is that States attempt to achieve the realization of the implementation of such obligations by ‘[...] taking steps to the maximum of its available resource [...]’<sup>38</sup>, rather than being under the obligation to provide, *sic et simpliciter*, the human right to water to individuals and groups who are entitled to such right.

### 2.3. *Human right to water before the UN Human Rights Council*

A not less important contribution concerning the development of a human right to water comes from the UNHRC based in Geneva. The latter has dealt with the issue since 2006 and in Decision 2/104, adopted on 27 November 2006<sup>39</sup>, requested the High Commissioner for Human

---

<sup>36</sup> TANZI A., *Reducing the Gap between International Water Law and Human Rights Law: The UNECE Protocol on Water and Health*, in ‘International Community Law Review’, Vol. 12, 2010, at 277-8.

<sup>37</sup> As exemplified, albeit at a national level, in *Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others* (CCT 39/09), [2009] ZACC 28.

<sup>38</sup> *Supra* note 21, art. 2, para. 1.

<sup>39</sup> UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Decision 2/104*, 27 November 2006, Geneva (adopted without a vote). Such a study had to take in consideration the draft

Rights to carry out a detailed report ‘on the scope and content of the relevant human rights obligations related to equitable access to safe drinking water and sanitation’. The study<sup>40</sup> was delivered in 2007 and attempts to sketch the meaning and scope of the human rights involved in the process of recognition of the right at hand. Most importantly, the report asserted that the issue of the access to safe drinking water and sanitation had to be addressed within a human rights framework<sup>41</sup>. In 2008<sup>42</sup> the UNHRC defined the mandate of an independent expert on human rights obligation related to access to safe drinking water and sanitation with the task to promote and develop a dialogue between States, UN bodies, the private sector, local authorities, civil society organizations, etc. The expert (Ms Catarina de Albuquerque) was asked, *inter alia*, to identify and prepare a compendium of best practices related to access to safe drinking water and sanitation.<sup>43</sup> However, one of the most remarkable achievements reached by the independent expert’s report seems to consist in the detailed and comprehensive patterns given to the human right at hand by introducing the categories of availability, quality, physical accessibility, affordability and acceptability<sup>44</sup>. In 2009, at its twelfth session, the UNHRC General Assembly adopted Resolution 12/8. This latter seems, nonetheless, to

---

guidelines issued by the sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights of the Economic and Social Council. See ECOSUC, *Realization of the Right to Drinking Water and Sanitation*, E/CN.4/Sub.2/2005/25, 11 July 2005, Geneva.

<sup>40</sup> UN HRC - GENERAL ASSEMBLY, *Annual Report of the High Commissioner for Human Rights*, A7HRC/6/3, 16 August 2007.

<sup>41</sup> *Ibidem*, paras. 65-69.

<sup>42</sup> HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Human Rights and Access to Safe Drinking Water and Sanitation*, Resolution 7/22, 28 March 2008 (adopted without a vote).

<sup>43</sup> An interesting paper on the role of the above-mentioned expert can be found in MOVILLA-PATEIRO, L. ‘*Hacia la realización del derecho humano al agua y al saneamiento: El papel de la relatora especial*’ in ‘Revista Electrónica de Estudios Internacionales’, Vol. 23, 2012. The author, at pp. 11-13, criticises the fact that transboundary water related matters were explicitly kept out from the expert’s mandate, as well as the effects of climate change on water resources.

<sup>44</sup> UN HRC - GENERAL ASSEMBLY, *Report of the Independent Expert on the Issue of Human Rights Obligations related to Access to Safe Drinking Water and Sanitation*, A/HRC/12/24, 1 July 2009 (adopted without a vote). Text available at: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-24\\_S.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-24_S.pdf) (last visited on 27/03/2013).

address only the issue of lack of sanitation. To deal with this, States are invited to “create an enabling environment [in pursuing this issue] giving due regard to wastewater management, including treatment and reuse”<sup>45</sup>. The resolution also recognised the important role that the private sector can play when addressing the issue of access to sanitation<sup>46</sup>. However, it was only with Resolution 15/9 that the UNHRC “called upon” States to achieve ‘progressively’ the full realization of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation<sup>47</sup>.

What may be pointed out with regard to the work of the UNHRC can be summarized in a few considerations. First, the UNHRC demonstrated to have dealt with the issue of the rights related to access to water and sanitation far more in depth than other UN bodies did. Second, it maintained that the rights related to access to safe drinking water and sanitation had to be addressed within a human rights legal framework. Third, it provided a sounder background in terms of understanding the content, extent, meaning and scope of the emerging human right to access to water and sanitation.

#### *2.4. Human right to water before the UN General Assembly*

Along this line of thought, in 2010 the UNGA passed Resolution A/64/L.63/Rev.1 (hereinafter UNGA Resolution) with 122 votes in favour, none against and 41 abstentions. For the first time the human right to water has been acknowledged and crystallized in a Resolution of the United Nations.<sup>48</sup> The human right to water and sanitation has been encompassed

---

<sup>45</sup> UN HRC- GENERAL ASSEMBLY, *Human Rights and Access to Safe Drinking Water and Sanitation*, A/HRC/RES/12/8, 1 October 2009 (adopted without a vote).

<sup>46</sup> *Ibidem*, para. 5.

<sup>47</sup> UN HRC - GENERAL ASSEMBLY, *Human Right and Access to Safe Drinking Water and Sanitation*, A/HRC/RES/15/9, 6 October 2010 (adopted without a vote). Notably, this resolution did recall UNGA resolution 64/292 of 28 July 2010 adopted in New York just some months earlier.

<sup>48</sup> Some authors seem to give utmost importance to the UNGA Resolution as a clear signal in the direction of the emergence of the right to water. Some have even

in terms of *access* to safe and clean drinking water and sanitation<sup>49</sup>. The core of the resolution reads as follows:

“1. *Declares* the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights;

2. *Calls upon* States and international organizations to provide financial resources, capacity-building and technology transfer, through international assistance and cooperation, in particular to developing countries, in order to scale up efforts to provide safe, clean, accessible and affordable drinking water and sanitation for all;

3. *Welcomes* the decision by the Human Rights Council to request that the independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation present an annual report to the General Assembly, and encourages her to continue working on all aspects of her mandate and, in consultation with all relevant United Nations agencies, funds, and programmes, to include in her report to the Assembly, at its sixty-sixth session, the principal challenges related to the realization of the human right to safe and clean drinking water and sanitation and their impact on the achievement of Millennium Development Goals”<sup>50</sup>.

---

gone as far as maintaining that the UNGA Resolution constitutes a final proof of the customary nature under international law of the human right to water. See GUPTA J., AHLERS, R and AHMED, L., *supra* note 12, pp. 297-298: “We could argue that the adoption of the right to water and sanitation at the UNGA level is clear evidence of a coming of age of this right and that the number of countries that have over the years accepted this right in political declarations shows that there is broad global consensus on this right”; and BATES, R., *supra* note 12, p. 288: “In light of its status as resolution of the UN General Assembly, the statement contributes to the development of the customary right as it provides a collective statement from UN members proclaiming its existence and also demonstrates evidence of the opinions of individual governments as to the presence of the right.” While not disagreeing with the general point made by the above-mentioned authors of the emergence of a human right to water and sanitation, we are somewhat more cautious on relying on a UNGA Resolution not voted in favour by a relevant number of important countries to justify the crystallisation of a principle into customary international law.

<sup>49</sup> Within its *preamble* the Resolution made an explicit reference to General Comment 15 on the right to water and sanitation of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights.

<sup>50</sup> UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, *The Human Right to Water and Sanitation*, UN Doc. A/64/L.63/rev.1, New York, 2010.

It might be misleading to interpret the wording of such a Resolution as encompassing a novel notion of the human right to water and sanitation from that one enshrined in General Comment 15. The substantive content of ‘*declaring* the right to safe and drinking water and sanitation’ lays along the same line of thought as that of *access* to water and sanitation. Article 2 of the Resolution ‘*calls upon* States [...] to provide safe, clean, accessible and affordable drinking water and sanitation for all’, exactly the content to which the concept of ‘*access to water*’ in General Comment 15 refers to<sup>51</sup>. It must not be forgotten, otherwise, that the initial *preambles* of the Resolution explicitly refer to General Comment 15 in the terms already expressed above.<sup>52</sup>

### *2.5. The relationship between human right to water approaches before the UN General Assembly, the UN Human Rights Council and General Comment 15*

Nonetheless the UNGA Resolution appears to be a major step towards the crystallization of a human right to water along the lines promoted by the ICESCR’s Committee in General Comment 15, which frames the

---

<sup>51</sup> *Supra*, note 26.

<sup>52</sup> The questions that might arise from this picture are of utmost importance for the future of international water law although being still mostly theoretical and abstract. To conciliate the concept of a human right to water with international water law principles would mean not only exploring whether or not, and to what extent, international water law principles are in compliance with the human right to water, but also dealing with the fragmentation of contemporary international law. A key question is the relationship between States’ claims of sovereignty upon freshwater resources and a human right to water. Particularly, although sources of international law are not in a hierarchical relationship, some rules of international law are more important than others. By virtue of this, these norms enjoy a special *status* in the international legal system. It is the case of those norms known as ‘fundamental’ ones to which the right to life belongs. See GORMLEY W. P., *The Right to Life and the Rule of Non-Derogability: Peremptory Norms of Ius Cogens*, in RAMCHARAN B. G. *The Right to Life in International Law*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers), 1985, at 120 ss.

human right to water as a derivative of the human right to life. The aforementioned Resolution appears to be, however, unclear in identifying the sources of law from which the right to water derives from. This uncertainty seemed to provide a solid legal argument upon which many States abstained from voting: a first group of States argued that the human right to water does not exist in international customary law<sup>53</sup>, a second group abstained in protest of treating the human right to water unconnected to other international on-going processes and developments<sup>54</sup>. Though such objections brought to a lack of *consensus* upon the UNGA Resolution of the human right to water, it must be observed that no State contested that the right at hand could be deduced from the ICESCR in the terms embraced by the Committee in General Comment 15. Indeed, the U.S. representative only objected that the adoption of a resolution dealing with a human right to water and sanitation should be left to the Geneva-based HRC.

With regard to the latter, it should be pointed out that on 23 September 2011 the UNHRC itself, during its eighteenth session, *recalling* UNGA Resolution 64/292 of 28 July 2010, stated as follows:

“[a]ffirming the need to focus on local and national perspective in considering the issue, leaving aside questions of international watercourse law and all transboundary water issue,

---

<sup>53</sup> Among the former group it is worth mentioning the position of the representative of the United Kingdom, who declared that the delegation she represented had abstained for reasons of substance and procedure. Particularly, and most importantly, the U.K. argued that ‘concerning substance, there was no sufficient basis for declaring or recognising water and sanitation as freestanding human rights, nor was there evidence that they existed in customary law’. See the non official record released by the General Assembly United Nations Department of Public Information, *General Assembly adopts Resolution Recognizing Access to Clean Water, Sanitation as Human Right*, 28 July 2010, available here: <http://www.un.org/News/Press/docs/2010/ga10967.doc.htm> (last visited 27/03/2013).

<sup>54</sup> Among the second group of abstained country, the position of the United States stands out. Its representative argued that the U.S. ‘had hoped to join a *consensus* that would uphold the process under way at the Geneva-based Human Rights Council. Instead, the text could undermine that work because it described the right to water and sanitation in a way not reflected in existing international law’. *Ibidem*.

1. *Welcomes* the recognition of the human right to safe drinking water and sanitation by General Assembly and the Human Rights Council, and the affirmation by the latter that the human right to safe drinking water and sanitation is derived from the right to an adequate standard of living and inextricably related to the right to the highest attainable standard of physical and mental health, as well as the right to life and human dignity”<sup>55</sup>.

The UNHRC not only seems to have denied any conflict between its on-going work and the 2010 UNGA Resolution, but it also highlighted that a human right to safe and clean drinking water and sanitation is essential in order to enjoy the right to life and all human rights. Indeed, Article 1 of the 2010 UNGA Resolution explicitly recognises that, in order to fully enjoy the right to life and all human rights, the right to safe and drinking water and sanitation as a human right is *essential*. The peculiarity of such an essential and instrumental relationship between the human right to water and the enjoyment of the right to life and all other human rights suggests, on the one hand, that the human right to water is a derivative right inferred from the right to life as it has been highlighted in General Comment 15, and for this reason, the sources of such a human right would be the related articles of the ESCR Covenant. This might be supported by the content as well as the wording of this Article along with the substantive view followed in General Comment 15. They are not only alike, but are also strengthened by the explicit mention of Articles 11 and 12, as interpreted in General Comment 15, made by the UNGA 2010 Resolution in its *preamble*, insofar as the latter may assist in the interpretation of international instruments by giving guidance and means for the interpretation itself<sup>56</sup>.

In sum, the combined analysis of General Comment 15, of the human right to water approach before the UNHRC and before the UNGA confirms that the human right to water stems from the right to life. In the

---

<sup>55</sup> UN HRC - GENERAL ASSEMBLY, *The Human Right to Safe Drinking Water and Sanitation*, A/HRC/18/L.1, 23 September 2011, Geneva.

<sup>56</sup> This view might be, therefore, more in compliance with the general rule of interpretation set out in Article 31 paragraph 1 of the Vienna Convention of the Law of Treaties, which reads as follows: “[a] *treaty* shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”.

following section we will see how this characteristic allows the human right to water to be enforceable and justiciable.

### **3. Enforcing the right: the justiciability of the human right to water**

The acknowledgement of the superiority and non-derogability of some rules considered as peremptory, like the human right to life, would not necessarily mean that the official recognition and crystallization of the human right to water, as provided for by the UNGA Resolution, is part of those fundamental rules enjoying a special *status* within the international legal system. From a State's perspective, a human right to water corresponds to an obligation embodied by the concept of *due diligence*<sup>57</sup>. Can a subject of law seek redress against a State's violation of such an international obligation in relation to the right to water? The lack of due diligence may cause a responsibility for fault. However, in order to ascertain whether or not appropriate measures have been undertaken by States, what needs to be determined is whether a transparent and participatory process in the decision-making has been guaranteed to the addressees and whether particular attention has been paid to the rights of minorities and disadvantaged peoples as groups or individuals. Hence, in order to be able to make such a judgement procedural requirements<sup>58</sup> related to the

---

<sup>57</sup> *Supra*, note 38.

<sup>58</sup> At the international level, such procedural requirements would coincide with the notion of 'international personality' as formulated in the Advisory Opinion concerning the case of *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* by the International Court of Justice. Although the notion of international personality *per se* does not tell much and has often given rise to controversy - as the ICJ itself admitted - the ICJ provided some elements by means of which such a notion can be interpreted. Accordingly, the concept of international personality includes the notion of *subjectivity* (being a subject of international law), *capacity* (of bearing international rights and duties), and the international *ius standi* (the capacity to maintain rights by bringing international claims). These three elements are inherent in the notion of 'international personality' and they entitle groups and individuals to appeal against any alleged violations of their rights, in our case the right to water. ICJ



above-mentioned requirements need to be identified. Yet, proving a breach of a State's due diligence obligation might be complicated both 'practically and legally being only softened by a general agreement that provides for an inversion of the burden of proof upon the State whose conduct is under examination. Such an inversion of the burden of proof might appear to apply [also] to the due diligence to supply adequate water and sanitation'<sup>59</sup>.

It seems to be, furthermore, explicitly contained in paragraph 40 of the ICESCR's General Comment. The latter attempts to describe the content of the due diligence to which States are bound. First, it requires States to *establish* that they have taken the necessary and adequate measures towards the fulfilment of the right to water (objective requirement): second, that they have acted in good faith<sup>60</sup> in taking all those appropriate measures needed to ensure the right to water (subjective requirement). These two requirements should be the object of the due diligence obligation, to which States must 'demonstrate to be in compliance with'<sup>61</sup>. Due diligence therefore requires to meet a minimum set of core obligations provided for in paragraph 37 of General Comment 15, which might ensure the satisfaction of essential levels of the rights contained in the ICESCR. Within this picture, an external limit able to soften the position of the States concerned might be provided for by Article 2 paragraph 1 of the ICESCR that states as follows:

---

Reports, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion)*, 1949, at 178-9.

<sup>59</sup> "This appears to be the case under human rights law and water law alike. Under both bodies of law, the burden of proof concerning the right of access to water and sanitation would not be lower than under environmental law. This is in consideration of the generally high standards of the diligence due under both regimes". *Supra*, note 36, at 276-279.

<sup>60</sup> The requirement of 'acting in good faith' is explicitly provided in the General Comment paragraph 40, which reads as follows: "To demonstrate compliance with their general and specific obligations, States parties must establish that they have taken the necessary and feasible steps towards the realization of the right to water. In accordance with international law, a failure to act in good faith to take such steps amounts to a violation of the right. It should be stressed that a State party cannot justify its non-compliance with the core obligations set out in paragraph 37 above, which are non-derogable".

<sup>61</sup> *Ibidem*.

“[e]ach State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the *maximum of its available resources*, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures”<sup>62</sup>.

Such a limit in the due diligence’s liability would take into due account the inequality in the distribution of a given natural resource. Therefore, interpreted in the light of the inversion of the burden of proof, a State must demonstrate that:

“[...] every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations”<sup>63</sup>.

In terms of justiciability, paragraph 37 of General Comment 15 appears to enable the right to water to be enforceable and non-derogable. In fact, paragraph 37’s core obligations refer to the satisfaction of minimum essential levels of the human right to water, which are of immediate effect. In sum, such obligations requires States: to ensure access to a ‘sufficient and safe water for personal and domestic uses to prevent disease’; to ensure access to water and that water facilities and services are at a reasonable distance and of a sufficient amount to avoid prohibitive waiting times; and to ensure the right of access to water paying particular attention to disadvantaged or marginalized groups while also adopting low-cost targeted water programmes addressing them as groups or individuals. Moreover, to ensure equitable distribution of all available water facilities and services, States must: adopt water strategy and plans of action; monitor the realization of the human right to water; and, finally, take effective measures to prevent, treat and control disease linked to water ensuring access to an adequate sanitation.

Hence, violations of the right to water might encompass actions or omissions related to the performance of the core obligations provided for

---

<sup>62</sup> Emphasis added.

<sup>63</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *General Comment No. 3: The Nature of States Parties Obligations (art. 2 par. 1)*, E/1991/23, Geneva, 1991, para. 10.

in paragraph 37. In this respect, paragraph 44 specifies a list of violations, which would include, *inter alia*: arbitrary or unjustified disconnection or exclusion from water services and facilities, discriminatory or unaffordable increase in the price of water, pollution and diminution of water resources affecting human health. Furthermore, violations of the human right to water include also the failure to adopt or implement a national water policy in order to ensure the right to water for everyone, particularly taking into account marginalized or vulnerable groups or individuals, the failure to monitor the realization of the right to water, the failure to take measures to reduce inequitable distribution of water facilities and services and the failure of States to take in consideration these international legal obligations concerning the right to water when entering into agreements with other States or with international organizations.

Whether or not such obligations have been followed in State practice, and if so, to what extent the human right to water has been implemented until today, is difficult to clearly assess. The uncertainty encompassing the exact contours of the human right to water influences also the problems concerning its enforceability and justiciability<sup>64</sup>.

#### 4. Conclusions

In this chapter it has been first maintained that an emerging human right to water and sanitation seems to be shaping on the horizon, followed by a discussion of what it actually means, in practical terms, to acknowledge a human right to water and sanitation in international law.

On the one hand, a human right to water and sanitation can be inferred by a much less disputed human right: the human right to life. This link has been present even before the most recent attempts to put the human right to water and sanitation on the agenda of the international community. The necessary relationship between a human right to life and the human right

---

<sup>64</sup> In fact, it should be noted that today a full recognition of a human right to water can only exist as a derivative right of the right to life. See *supra* section 2 of this paper.

to water has further being stressed by General Comment 15, the UNHRC and the UNGA. Some authors have argued that the combination of these international instruments show the emergence of an independent human right to water and sanitation, but it should be considered that, due to state practice surrounding the adoption of such instruments, it is too soon to put forward such an argument.

On the other hand, in this paper an attempt to take the discussion on a human right to water and sanitation one step further by looking at the practical implications of determining the existence of such a right in international law has been made. Therefore, it can be concluded, in conjunction with leading authors in this field, that the human right to water and sanitation imposes a due diligence obligation upon States. The latter mainly sets procedural requirements that governments must take into account when dealing with water and sanitation related matters. In particular, transparency in decision-making and inclusive public participation stand out as key elements of a due diligence obligation stemming from a human right to water and sanitation. Meeting these obligations becomes even more important when vulnerable groups may be affected and when core water and sanitation obligations, inferred by paragraph 37 of General Comment 15, are at stake<sup>65</sup>. One key final observation is that, if an individual considers that his or hers human right to water and sanitation has been breached, the burden of proof to show that the due diligence obligation has been met falls upon the State.

In conclusion, a human right to water and sanitation, whether independent from the human right to life or not, is definitely emerging. More importantly, there are practical implications linked to its due diligence nature that can make it justiciable. The extent to which the emergence of a human right to water and sanitation actually allows individuals to seek redress in courts for its alleged violation depends ultimately on the effectiveness of the human rights system at a national, regional and global

---

<sup>65</sup> The authors of this chapter have explored the implications of defining access to water as a human right in the context of Indigenous People, with a special focus on Latin America in PARRICIATU M. and SINDICO F., *Contours of an Indigenous Peoples' Right to Water in Latin America under International Law*, in 'International Human Rights Law Review', Vol. 1, 2012.

level.<sup>66</sup> We are also aware that acknowledging that a human right to water is emerging, or is even already present in international law, does not mean that water scarcity and, more generally, global water problems, are magically resolved. A human right to water and sanitation is no silver bullet, but in this paper we have strived to demonstrate that it is also not just rhetoric.

---

<sup>66</sup> SÁNCHEZ, V. M., *supra* note 11, pp. 19-22, suggests that in order to effectively put in practice a human right to water an *ad-hoc* international treaty on such right should be negotiated and a UN International Water Agency should be created.



# LA RELACIÓN ENTRE LA VIOLACIÓN GRAVE DE UN TRATADO Y EL ESTADO DE NECESIDAD

María Alejandra STICCA

## Introducción

Para unirnos a este sentido homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clement, eminente jurista de Derecho Internacional Público y ejemplo a seguir por los jóvenes docentes de nuestra casa, hemos elegido como tema desentrañar la relación entre una circunstancia de exclusión de ilicitud, esto es el estado de necesidad y una de las causas de terminación de los tratados internacionales, esto es la violación grave de un tratado.

A los fines de poder alcanzar el objetivo propuesto, en primer término compararemos las circunstancias de exclusión de ilicitud y las causas de terminación de los tratados internacionales, para luego centrarnos en la relación propuesta.

**Palabras claves:** violación grave de un tratado – estado de necesidad – exclusión de ilicitud – terminación de tratado

## Causas de terminación de los tratados internacionales

El origen de la terminación o extinción de los tratados no se encuentra en un vicio del consentimiento, sino en situaciones sobrevenidas cuando el tratado aún está en vigor. Sólo un tratado válidamente concluido tiene la posibilidad de terminar. A diferencia de la nulidad que produce sus efectos *ex tunc*, la terminación produce sus efectos *ex nunc*, es decir, a

partir de la fecha en que la circunstancia sobrevenida con posterioridad a su celebración se considera relevante.

Para Remiro Brotóns, las circunstancias que mueven a la terminación de un tratado están o en la naturaleza de las cosas o en la voluntad de una o todas las partes, que al apreciar cambios objetivos en la situación o en sus expectativas e intereses se inclinan a abandonar un cuadro de derechos y obligaciones que no estiman ya satisfactorio o se vieron forzados a aceptar en el pasado, ejerciendo una libertad formal sin alternativas reales<sup>1</sup>.

Las normas generales del Derecho Internacional reconocen el derecho de una parte de dar por terminado un tratado cuando media una causa extrínseca, es decir, no media el acuerdo de las partes. Las causas extrínsecas de terminación operan frente a cualquier tratado, incluidos aquellos que contienen sus propias cláusulas de terminación. Estas causas son de orden público internacional, en consecuencia una disposición convencional comprometiendo a las partes a no invocarla sería inoperante.

La CIJ en su sentencia de 1997 en el caso Gabèikovo – Nagymaros, párrafo 46<sup>2</sup> y 99<sup>3</sup>, sostuvo que si bien las causas de terminación pueden

---

<sup>1</sup> Remiro Brotóns, A. *Derecho Internacional Público 2. Derecho de los tratados*, Edt. Tecnos, Madrid, 1987, p.465.

<sup>2</sup> Párrafo 46. “*The Court has no need to dwell upon the question of the applicability in the present case of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties. It needs only to be mindful of the fact that it has several times had occasion to hold that some of the rules laid down in that Convention might be considered as a codification of existing customary law. The Court takes the view that in many respects this applies to the provisions of the Vienna Convention concerning the termination and the suspension of the operation of treaties, set forth in Articles 60 to 62 (see Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports. 1971, p. 47, and Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973, p. 18; see also Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1980, pp. 95-96). Neither has the Court lost sight of the fact that the Vienna Convention is in any event applicable to the Protocol of 6 February 1989 whereby Hungary and Czechoslovakia agreed to accelerate completion of the works relating to the Gabèikovo-Nagymaros Project*”.

<sup>3</sup> Párrafo 99. “*The Court has referred earlier to the question of the applicability to the present case of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties. The Vienna Convention is not directly applicable to the 1977 Treaty inasmuch as both*



ser variadas, debe considerarse que las reglas relativas a la extinción y a la suspensión contenidas en la Convención de Viena son declarativas del Derecho Internacional General. Ello supone que en ausencia de estipulación expresa contenida en el Tratado o si no consta que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro, “*El tratado no podrá terminar más que por los motivos enumerados limitativamente en la Convención de Viena*” (párrafo 100)<sup>4</sup>.

Verdross sostenía que un tratado podía extinguirse ya por motivos que el propio tratado indique o por motivos del Derecho Internacional común, entre los que mencionaba una norma de derecho consuetudinario opuesta al tratado<sup>5</sup>.

Las causas de terminación contempladas en la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969* son:

- Disposiciones del propio tratado
- Consentimiento de todas las partes, después de consultar a los demás Estados contratantes (art. 54.b)
- Denuncia siempre que conste la intención de las Partes en autorizarla o se deduzca de la naturaleza del tratado (art. 56)
- Abrogación tácita (art. 59)
- Violación grave del tratado (art. 60).
- Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento (art. 61)
- Cambio fundamental en las circunstancias (*rebus sic stantibus*) (art. 62)

---

*States ratified that Convention only after the Treaty's conclusion. Consequently only those rules which are declaratory of customary law are applicable to the 1977 Treaty. As the Court has already stated above (see paragraph 46), this is the case, in many respects, with Articles 60 to 62 of the Vienna Convention. relative to termination or suspension of the operation of a treaty. On this, the Parties, too, were broadly in agreement”.*

<sup>4</sup> Párrafo 100. “*The 1977 Treaty does not contain any provision regarding its termination. Nor is there any indication that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal. On the contrary, the Treaty establishes a long-standing and durable régime of joint investment and joint operation. Consequently, the parties not having agreed otherwise, the Treaty could be terminated only on the limited grounds enumerated in the Vienna Convention*”.

- Aparición de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General (art. 64)

La reducción del número de partes hasta un número inferior al necesario para la entrada en vigor contemplada en el art. 55, en principio no es una causal de terminación de un tratado, salvo que en el tratado se disponga lo contrario.

La ruptura de relaciones diplomáticas o consulares contemplada en el art. 63 de la Convención de Viena, sólo afecta las relaciones jurídicas establecidas por el tratado, en la medida que dichas relaciones sean indispensables para la aplicación del tratado.

### **Causas de terminación de los tratados – Circunstancias de exclusión de ilicitud**

Debemos establecer una distinción entre las causas de terminación de la obligación en sí y las circunstancias de exclusión de ilicitud entre las que se encuentra el estado de necesidad.

Fitzmaurice observó que cuando se aplica una de las circunstancias que excluyen la ilicitud, “el incumplimiento no sólo está justificado sino que va encaminado a que se reanude el cumplimiento tan pronto como desaparezcan los factores que causaban y justificaban el incumplimiento”<sup>6</sup>.

Las circunstancias que excluyen la ilicitud de un comportamiento constituyen defensas contra una reclamación por el incumplimiento de una obligación internacional que de no mediar esa defensa estaría bien fundada. Circunstancias que, por otra parte, no pueden invocarse si ello contradice una norma imperativa del Derecho Internacional.

Estas circunstancias que son de aplicación general, es decir, tanto pueden ser invocadas cuando se viole una obligación nacida de un trata-

---

<sup>5</sup> Cfr. Verdross, A. *Derecho Internacional Público*, Edit. Aguilar, 1974, Madrid, p. 120.

<sup>6</sup> Fitzmaurice, Cuarto Informe sobre el derecho de los tratados, Anuario CDI 1959, vol. XII, p. 44.

do, como de un acto unilateral como de cualquier otra fuente del derecho, no anulan ni dan por terminada la obligación, sino que sirven de justificación o excusa del incumplimiento mientras subsiste<sup>7</sup>. Así lo sostuvo la CIJ en el asunto Gabèikovo. Hungría trató de sostener que el estado de necesidad excluía la ilicitud de su comportamiento al cesar los trabajos en el proyecto en violación de las obligaciones contraídas en virtud del tratado de 1977. En relación con el alegato de Hungría la Corte afirmó:

“El estado de necesidad invocado por Hungría – en el supuesto de que se hubiera demostrado – no permitiría llegar a la conclusión de que en 1989 Hungría había actuado de conformidad con sus obligaciones dimanantes del Tratado de 1977 no de que esas obligaciones hubieran dejado de vincularla. Sólo permitiría afirmar que, habida cuenta de las circunstancias, Hungría no habría incurrido en responsabilidad internacional al actuar como lo hizo”<sup>8</sup>.

Conforme al artículo 1 del Proyecto de artículo sobre responsabilidad internacional del Estado por hecho internacionalmente ilícito de 2001

---

<sup>7</sup> Anuario de la CDI 2001, p.170.

<sup>8</sup> Sentencia CIJ Hungría v. Eslovaquia, párrafo 48 “*The Court cannot accept Hungary’s argument to the effect that, in 1989, in suspending and subsequently abandoning the works for which it was still responsible at Nagymaros and at Dunakiliti, it did not, for all that, suspend the application of the 1977 Treaty itself or then reject that Treaty. The conduct of Hungary at that time can only be interpreted as an expression of its unwillingness to comply with at least some of the provisions of the Treaty and the Protocol of 6 February 1989, as specified in the Joint Contractual Plan. The effect of Hungary’s conduct was to render impossible the accomplishment of the system of works that the Treaty expressly described as “single and indivisible”.*

The Court moreover observes that, when it invoked the state of necessity in an effort to justify that conduct, Hungary chose to place itself from the outset within the ambit of the law of State responsibility, *thereby implying that, in the absence of such a circumstance, its conduct would have been unlawful. The state of necessity claimed by Hungary - supposing it to have been established - thus could not permit of the conclusion that, in 1989, it had acted in accordance with its obligations under the 1977 Treaty or that those obligations had ceased to be binding upon it. It would only permit the affirmation that, under the circumstances, Hungary would not incur international responsibility by acting as it did. Lastly, the Court points out that Hungary expressly acknowledged that, in any event, such a state of necessity would not exempt it from its duty to compensate its partner”.*

*“Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”*. Nos ubicamos de este modo, en las normas secundarias del derecho internacional, es decir, aquellas que determinan las consecuencias de la violación o incumplimiento de las normas primarias cualquiera sea su fuente.

En consecuencia, en un caso concreto, la presencia de una de las circunstancias de exclusión de ilicitud determina que el hecho estatal no pueda calificarse de ilícito, por lo que no podría derivar ninguna forma de responsabilidad internacional. Para la Comisión de Derecho Internacional (CDI), toda circunstancia que excluya la ilicitud de un hecho tiene necesariamente el efecto de excluir igualmente la responsabilidad.

Cuando media una de estas circunstancias no existe ilicitud, porque no existe el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito, es decir, la violación de una obligación internacional.

“El comportamiento de un Estado, cuando tiene lugar, por ejemplo, en circunstancias de legítima defensa, fuerza mayor o ejercicio legítimo de una sanción, no constituye un hecho internacionalmente ilícito, ya que en tales circunstancias el Estado no tiene que observar la obligación internacional que normalmente debería respetar ni, por lo tanto, puede haber violación de tal obligación. Falta, por consiguiente, una de las condiciones esenciales para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito”<sup>9</sup>.

Son causas de exclusión de ilicitud y no de responsabilidad porque tornan lícita una conducta que de otra manera sería ilícita.

Estas circunstancias no anulan, no dan por terminada la obligación internacional, sólo justifican el incumplimiento. Por ello, se las debe diferenciar de las causas de terminación de la obligación en sí.

En el caso Gabèikovo – Nagymaros, la CIJ en el párrafo 101 observó: “Incluso si se comprueba la existencia del estado de necesidad, no constituye una base suficiente para la terminación de un tratado. El estado de necesidad sólo puede invocarse para eximir de su responsabilidad a un Estado que no ha cumplido un tratado. Incluso si se considera justificada su invocación, el tratado no termina por ello; puede no surtir efecto mientras persista el estado de necesidad; de hecho puede ser inoperante,

---

<sup>9</sup> Anuario CDI 1979, vol. II, 2º Parte, p.127.

pero sigue vigente, a menos que las partes acuerden su terminación. Tan pronto como desaparece el estado de necesidad, renace la obligación de cumplir las obligaciones dimanantes del tratado<sup>10</sup>.

### **Procedimiento para dar por terminado un tratado**

La parte que alegue una causal para dar por terminado un tratado debe iniciar el procedimiento previsto en el artículo 65<sup>11</sup> de la Convención de Viena. Debe notificar por escrito a las demás partes, indicando la medida que se propone adoptar y las razones en que se funda.

---

<sup>10</sup> Ibidem párrafo 101 *"The Court will now turn to the first ground advanced by Hungary, that of the state of necessity. In this respect, the Court will merely observe that, even if a state of necessity is found to exist, it is not a ground for the termination of a treaty. It may only be invoked to exonerate from its responsibility a State which has failed to implement a treaty. Even if found justified, it does not terminate a Treaty; the Treaty may be ineffective as long as the condition of necessity continues to exist ; it may in fact be dormant, but - unless the parties by mutual agreement terminate the Treaty - it continues to exist. As soon as the state of necessity ceases to exist, the duty to comply with treaty obligations revives"*.

<sup>11</sup> Artículo 65. Procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado.

1. La parte que, basándose en las disposiciones de la presente Convención, alegue un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que esta se funde.

2. Si después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescripta en el artículo 67 la medida que haya propuesto.

3. Si, por el contrario, cualquiera de las partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias.

Si después de un plazo mínimo de tres meses contados desde la recepción de la notificación, salvo casos de especial urgencia, no ha habido objeciones o el plazo venció sin respuesta, la parte que hizo la notificación podrá adoptar la medida propuesta en la forma establecida en el artículo 67<sup>12</sup>. Si se han opuesto objeciones las partes deben buscar una solución conforme a los medios del artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas.

En el artículo 68<sup>13</sup> se establece que tanto la notificación como los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67 pueden ser revocados en cualquier momento antes que surtan efecto.

No son causas que dan por terminado automáticamente el tratado, sino que se debe seguir un procedimiento a tal fin.

En los supuestos en los que se alega estado de necesidad también es la parte que lo invoca quien debe probar que se reunieron todas las condiciones necesarias y es un tercero el que determina si las mismas efectivamente se han reunido acumulativamente. Ante la inminencia de un peligro grave para un interés esencial, siempre que no medie otra vía de solución, una parte viola una obligación jurídica de carácter dispositivo y al serle reclamada su responsabilidad, dicha parte alega el estado de necesidad. En este caso, al igual que en las causas de terminación de los tratados la exclusión de la ilicitud no opera automáticamente, tiene que

---

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescripta en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación.

<sup>12</sup> Artículo 67. Instrumentos para declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación.

1. La notificación prevista en el párrafo 1 del artículo 65 habrá de hacerse por escrito.

2. Todo acto encaminado a declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación de conformidad con las disposiciones del tratado o de los párrafos 2 ó 3 del artículo 65 se hará constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes. Si el instrumento no está firmado por el jefe de Estado, el jefe de Gobierno o el ministro de relaciones exteriores, el representante del Estado que lo comunique podrá ser invitado a presentar sus plenos poderes.

<sup>13</sup> Artículo 68. Revocación de las notificaciones y de los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67.

Las notificaciones o los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67 podrán ser revocados en cualquier momento antes de que surtan efecto.

seguirse un procedimiento a resueltas del cual se puede o no arribar a la conclusión que la parte actuó en estado de necesidad con lo cual se excluye la ilicitud mas no se da por terminada su obligación.

### **Consecuencias de la terminación de un tratado internacional**

El párrafo 1 del artículo 70 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 se refiere a los supuestos de terminación de un tratado, ya sea en virtud de sus propias disposiciones, ya conforme a la Convención de Viena de 1969. Contiene dos reglas generales:

- a. La terminación exime a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado
- b. La terminación no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes “creados por la ejecución del tratado antes de su terminación”.

A diferencia de las causas de terminación de las obligaciones jurídico internacionales que dejan sin efecto las mismas y por lo tanto las partes ya no están obligadas a su cumplimiento, las circunstancias de exclusión de ilicitud determinan que no haya ilicitud porque no existe el elemento objetivo del hecho ilícito internacional, pero ello no significa que la obligación que ha sido violada termine, pues la obligación de su cumplimiento renace tan pronto como desaparecen las razones que justificaban el incumplimiento.

### **Violación grave del tratado**

La violación de un tratado configura un hecho internacionalmente ilícito que puede dar lugar a la responsabilidad internacional, pero en algunos casos se puede alegar alguna de las circunstancias de exclusión de ilicitud como por ejemplo el estado de necesidad o la fuerza mayor para exonerar de tal responsabilidad, siempre que se reúnan las condiciones requeridas en cada caso. Cabe destacar que la posibilidad de invocar tales circunstancias de exclusión es excepcional.

El artículo 60 relativo a la violación grave de los tratados<sup>14</sup> se ubica en la sección tercera de la Convención de Viena de 1969 referida a las causas de terminación o suspensión de los tratados internacionales, es decir, nos encontramos dentro del ámbito del derecho de los tratados internacionales y no de la responsabilidad.

El punto de partida en los supuestos de responsabilidad internacional es el incumplimiento de obligaciones jurídico internacionales lo que origina un hecho internacionalmente ilícito que entraña responsabilidad. En cambio, el derecho de los tratados no se ocupa de la responsabilidad, sino

---

<sup>14</sup> Artículo 60 Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación.

1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra parte para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente.

2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:

a) a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente darlo por terminado, sea:

- i) en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación, o
- ii) entre todas las partes;

b) a una parte especialmente perjudicada por la violación para alegar esta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación;

c) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado.

3. Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado:

a) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o

b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado.

4. Los precedentes párrafos se entenderán sin perjuicio de las disposiciones del tratado aplicables en caso de violación.

5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.



de definir las condiciones que determinan la existencia o no de obligaciones internacionales.

La violación como causa de terminación de los tratados encuentra sus raíces en el principio de reciprocidad, busca mantener la estabilidad de los tratados al mismo tiempo que constituye una forma de protección al sujeto inocente de la violación.

La doctrina en general reconoce que la violación de un tratado por una parte puede dar lugar a la otra a solicitar la terminación o suspensión del tratado, aunque no es pacífica en cuanto a la amplitud de este derecho y a las condiciones en que puede ejercerse.

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su informe de 1963 ha reconocido que “algunos autores, en defecto de un sistema internacional efectivo para imponer el respeto de los tratados, atribuyen mayor importancia a la necesidad de la parte inocente de disponer de este derecho como sanción por la violación del tratado. Estos autores tienden a formular el derecho sin reservas, otorgando a la parte inocente el derecho general a abrogar el tratado en caso de violación. Otros autores se preocupan más por el riesgo de que un Estado pueda aducir una violación trivial o incluso ficticia simplemente para disponer de un pretexto que permita denunciar un tratado que en ese momento le contraría. Estos autores tienden a restringir el derecho de denuncia a violaciones ‘graves’ o ‘fundamentales’ y, además, a subordinar el derecho o condiciones de procedimiento”<sup>15</sup>.

En estos supuestos de violación grave de obligaciones internacionales nos ubicamos dentro del ámbito del derecho de los tratados, no de la responsabilidad.

El artículo 60 dispone que sólo una violación grave del tratado faculta a la/las partes para poner en movimiento el procedimiento de terminación previsto en los artículos 65, 66 y 67 de la Convención.

La CDI prefirió el término violación “grave” a “fundamental” para indicar la clase de violación que es necesaria a tal efecto. La palabra “fundamental” podría entenderse en el sentido de que únicamente la violación de una disposición que se refiera directamente a las finalidades

---

<sup>15</sup> Anuario de la CDI, vol. II, 1963, p. 85.

más importantes del tratado es motivo suficiente para que la otra parte ponga término al tratado<sup>16</sup>. Nos encontramos frente a términos vagos, lo que nos sitúa en el difícil punto de determinar cuándo estamos ante una violación grave, frente al incumplimiento de qué cláusulas del tratado se dispone de este derecho.

El inc. 3 b) indica que la violación para ser grave, debe comprometer la realización del objeto y el fin del tratado.

También puede incurrirse en una violación grave cuando se pretende terminar un tratado mediante una declaración unilateral o a través de procedimientos no previstos en la Convención.

El artículo 60.5 de la Convención crea una excepción al sistema general del artículo en beneficio de las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en estos casos, la violación grave por una parte no habilita a las otras a demandar la terminación del mismo.

Ante una violación grave de un tratado la parte inocente tiene una serie de alternativas, *i.a.* considerar el tratado violado como subsistente ignorando la violación; presentar protesta diplomática ante el sujeto culpable; pedir la reparación correspondiente fundándose en la responsabilidad de la otra parte por la violación; poner en funcionamiento el procedimiento a los fines de dar por terminado o suspender el tratado. Este derecho a adoptar una serie de medidas se basa en que no se puede pedir a una parte que cumpla las obligaciones que le impone un tratado cuando la otra parte deja de cumplir aquellas a las que se comprometió en virtud del mismo tratado.

En el párrafo 1 del artículo 60 la expresión “*alega...como causa*” está destacando que el derecho que se reconoce a la parte inocente no es el de declarar arbitrariamente terminado el tratado, pues bien puede ocurrir que la otra parte niegue la existencia de una violación grave con lo que surgiría una controversia entre las partes, la que debería ser resuelta por los medios de solución pacíficos.

En el supuesto de tratados multilaterales, el artículo 60 distingue dos situaciones, a saber:

---

<sup>16</sup> Conferencia de las UN sobre el Derecho de los Tratados. Primer período de sesiones, Viena 26/03 al 24/05/1968 y 9/04 al 22/05/1969, p. 79.

- el derecho de las demás partes de tomar una medida conjuntamente frente a la violación
- el derecho de una parte determinada especialmente afectada por la violación.

En virtud del apartado a), las otras partes por acuerdo unánime están facultadas para:

- a. dar por terminado el tratado entre las partes y el Estado que violó
- b. dar por terminado el tratado entre todas las partes del tratado
- c. suspender totalmente el tratado
- d. suspender parcialmente el tratado

Por otra lado, la parte especialmente perjudicada por la violación está facultada para alegar la suspensión total o parcial del tratado en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación, en este caso el tratado sigue en vigor entre todas las otras partes y el Estado al que se atribuye la violación.

Finalmente, cualquier parte (menos la autora de la violación grave) puede solicitar la suspensión total o parcial del tratado, con respecto a sí misma si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones modifica radicalmente su régimen.

En cuanto a las consecuencias de la violación de un tratado, Sinclair sostiene *“the consequences of a material breach of a bilateral treaty are no doubt correctly expressed in a) above; it is any event satisfactory the exercise of the right of term or suspension is optional at the discretion of the injured party. On the other hand, it may not be entirely satisfactory that in the case of a material breach of a bilateral treaty, the party seeking to invoke the breach as a ground for terminating the treaty must comply with procedural safeguards set out in art. 65 to 68. In effect, this means the aggrieved party must continue compliance with a treaty which the other party is violating, while the protected procedure of dispute settlement is in progress”*<sup>17</sup>.

Para Ruda “El sistema del artículo 60 supone, a la vez, una sanción para el Estado que ha violado el tratado, pero también el restablecimiento

---

<sup>17</sup> Sinclair, I. *“The Vienna Convention on the Law of Treaties”*, 2º edición, Manchester University Press, 1984, p. 188.

del equilibrio entre las partes, porque no se puede pedir, en esas circunstancias, que la parte afectada cumpla las obligaciones resultantes de un instrumento violado gravemente por la otra parte. Se trata en realidad de la aplicación en Derecho Internacional de la *exceptio non adimplendi contractus* por la que en el orden interno, ningún juez permite a una parte exigir de la otra la ejecución de un contrato que ella misma no respeta<sup>18</sup>.

Si bien el art. 60 no se refiere expresamente al principio de proporcionalidad, ello no significa que ese principio no se aplique en los casos de suspensión o terminación de los tratados. En este sentido, Sicilianos afirma que “*In fact, contrary to what has been argued in the past, an unimportant breach does not justify a radical reversal of the treaty status. Examination of international practice proves that even before the Vienna Convention, the states usually invoked ‘serious’, ‘significant’ or ‘manifest’ violations of a treaty in order to justify its denunciation or suspension*”<sup>19</sup>.

A diferencia de lo que ocurre con el estado de necesidad, en el supuesto de terminación de un tratado por causa de su violación, estamos ante un incumplimiento de sus disposiciones, es decir, se ha configurado un hecho internacionalmente ilícito. En este caso la terminación del tratado es una de las salidas posibles, pero se podría haber preferido la suspensión de sus efectos o exigir el cumplimiento. La terminación del tratado no excluye las consecuencias de la violación en el ámbito de la responsabilidad internacional.

A continuación nos referiremos a algunos casos de jurisprudencia en los que se alegó violación grave del tratado:

En el asunto de la *Desviación de las aguas del Mosa*, resuelto por el TPJI en 1937, Bélgica sostuvo que al ejecutar Holanda ciertas obras violando disposiciones del Tratado de 1863, este Estado había perdido el derecho a invocar el tratado contra ella. Bélgica no intentó denunciar el tratado, sino que invocó como excepción a la reclamación de Holanda, el derecho a suspender la aplicación de una de las cláusulas del tratado

---

<sup>18</sup> Podestá Costa - Ruda, *Derecho Internacional Público*, Tomo II, Edit. Tea, Bs. As., 1988, p. 149.

<sup>19</sup> Sicilianos, L.A., *The Relationship Between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty EJIL* (1993) 341-359 p. 358.

basándose en la violación atribuida a Holanda de esa cláusula, aunque presentó su pretensión más bien como una aplicación del principio *inadiplenti non est adimplendum*. El Tribunal no se pronunció sobre la alegación belga, por considerar que Holanda no había violado el tratado. Por su parte, el Juez Anzilotti, en opinión disidente, sostuvo que el principio que servía de base a la alegación belga “*es tan justo y equitativo y está reconocido de modo tan universal que debe aplicarse también en las relaciones internacionales*”<sup>20</sup>.

Otro asunto relativo a esta materia es el *Arbitraje de Tacna y Arica* entre Chile y Perú. En el caso, Perú sostenía que al impedir Chile la aplicación del artículo 3 del Tratado de Ancón, en el que se estipulaba la celebración de un plebiscito en ciertas condiciones en la zona de litigio, Chile había relevado al Perú de las obligaciones que le imponía dicho artículo. El Arbitro rechazó lo alegado por Perú en los siguientes términos “*Es manifiesto que, si los abusos en la administración pudiesen tener el efecto de poner término a un acuerdo de esa índole, habría que demostrar que a consecuencia de la mala administración, se había llegado a una situación tan grave que impidiera conseguir la finalidad del acuerdo, y, a juicio del Arbitro, no se ha puesto de manifiesto que exista una situación de tal gravedad*”<sup>21</sup>.

Otro caso relevante en la materia es *Gabèikovo-Nagymaros* resuelto por el TIJ en 1997. En cuanto al tema de la violación de un tratado como causal de terminación del mismo, debemos analizarlo a la luz de la notificación cursada por Hungría a Checoslovaquia en mayo de 1992 por el que daba por terminado el Tratado de 1977 desde el 25 de mayo de ese mismo año.

Hungría sostuvo que la variante “C”, solución propuesta por Checoslovaquia, constituía una violación fundamental de las disposiciones del Tratado de 1977 por el hecho de que ese país estuvo privado de las aguas del Danubio que le pertenecían y por ello tenía derecho a dar por terminado dicho tratado.

Por su parte, el Juez Herczegh, en su voto disidente, reconoció que el desvío aún no se había concretado en mayo de 1992, pero la violación

---

<sup>20</sup> CPJI, (1937), Ser. A/B, N° 70.

<sup>21</sup> Reports of International Arbitral Awards, vol. II, p. 929 ss.

grave ya había comenzado cuando Checoslovaquia recurrió a la construcción de la Variante “C” en noviembre de 1991. Para el juez, la explotación conjunta era de la esencia misma del proyecto previsto por el tratado. El desvío unilateral excluyó la realización del objeto y fin del tratado, pues no obstante los efectos ecológicos que el desvío hubiera causado de manera previsible para Hungría, el simple hecho del desvío unilateral, aún tomado aisladamente, era de una gravedad tal que justificaba la terminación del tratado.

La Corte entendió que la simple construcción de la variante “C” por parte de Checoslovaquia no constituía un hecho internacionalmente ilícito por lo que no podía fundamentar la conducta seguida por Hungría.

Por su parte, el Juez Bedjaoui en su voto individual expresó que tenía sus reservas respecto a considerar que la variante “C” sólo era ilícita en la fase final, es decir, cuando se desvió efectivamente el Danubio. La Corte distinguió entre la construcción propiamente dicha de la solución que sería lícita y el desvío efectivo del río, fase final de la solución, que sería ilícita. Para el citado Juez la ilicitud afecta a cada uno de los actos, desde la construcción de la variante hasta su puesta en servicio. Para el Juez la realización de la variante constituye una infracción continua, compleja o compuesta, en la que cada fase es ilícita.

Por el contrario, para la Corte las fases anteriores al desvío del río eran lícitas porque un Estado tiene derecho de ejecutar sobre su territorio las construcciones que desee siempre que no cause perjuicios a los terceros.

Interesa saber si Checoslovaquia había realizado un acto violatorio del tratado de 1977 antes de que Hungría le notificara la terminación del tratado basándose en ese incumplimiento. Para la Corte la simple construcción no era un acto ilícito por lo que no podía fundamentar la conducta de Hungría de dar por terminado el tratado por esa causal.

Por su parte, el Juez Bedjaoui sostuvo que todo hecho internacionalmente ilícito comienza con actos preparatorios, y que estos son siempre ilícitos, pero en este caso, una cosa es la preparación de la solución alternativa para compeler a la otra parte a la negociación, y otra es dar la orden de iniciar la construcción como lo hizo Checoslovaquia en noviembre de 1991, ya que con esa conducta dejó la fase preparatoria para entrar en la fase ejecutiva. Checoslovaquia sabía perfectamente que Hungría no iba a ejecutar la parte del tratado de 1977 que le correspondía y ya había tomado la decisión de desviar el río. La cadena de

operaciones destinada a la puesta en servicio de la variante “C” continuó sin ruptura de eslabones desde el comienzo hasta el desvío del río y la puesta en servicio en octubre de 1992.

En suma, la Corte no consideró terminado el Tratado de 1977 como lo sostenía Hungría, sino que por el contrario toda la sentencia tiende a que se respete el objeto y fin del citado instrumento legal. En consecuencia, son las Partes quienes deben acordar las modalidades de su ejecución.

La CIJ en el párrafo 106 de esta sentencia sostuvo “*sólo una violación material del mismo tratado, por un Estado parte en el tratado faculta a la otra parte a confiar en ello como base para terminar el tratado. La violación de las reglas de otro tratado o de las reglas de Derecho internacional general pueden justificar tomar ciertas medidas incluyendo contramedidas contra el Estado lesionado, pero no constituye base para la terminación conforme al Derecho de los Tratado*”.

## Estado de necesidad

La necesidad durante mucho tiempo apareció vinculada a la noción de autoconservación (self-preservation). Hugo Grocio en el siglo XVII observó que muchas naciones en sus derecho internos reconocían el derecho a la autopreservación, por lo que consideraba a este principio igualmente aplicable a las relaciones interestatales. Grocio entiende a la necesidad como un derecho que poseen los Estados, un derecho fundamental emparentado al derecho a la existencia y a la autopreservación.

Durante la primera mitad del siglo XX, la mayor parte de la doctrina comparte la opinión de que la *necesidad* es una justificación capaz de excluir en algunas hipótesis la ilicitud de un hecho internacionalmente ilícito. En esta línea de pensamiento podemos mencionar *i.a.* a los siguientes autores: Anzilotti<sup>22</sup>, Strupp<sup>23</sup>, Ago<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Anzilotti, D. *Cours de droit international*, vol.I, at. 507, París, 1929.

<sup>23</sup> Strupp, K. “Les regles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1934-I, París, Sirey, t. 47, p.567-568.

<sup>24</sup> Ago, R. “Le délit international”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1939-II, París, Sirey, 1947, t.68.

Para Barboza, en derecho internacional el estado de necesidad tiene una reputación dudosa. Bajo denominaciones tales como “Doctrina de necesidad” o “derecho de necesidad” ha sido abusivamente invocado por poderosos Estados para justificar ataques contra otras más débiles<sup>25</sup>.

“El Estado que realiza el acto no tiene derecho a actuar como lo hace; sólo tiene una obligación. Es más bien la ausencia de todo derecho de parte del Estado que actúa la que plantea la cuestión de si éste puede aducir como excusa la necesidad para justificar el no respeto de la obligación. De aquí que deba evitar la expresión derecho de necesidad. La necesidad es una situación de facto, en la que un Estado vinculado por una obligación internacional a otro Estado se niega a cumplir esa obligación porque de hacerlo lesionaría uno de sus intereses fundamentales”<sup>26</sup>.

Cualquiera que sea la extensión del efecto que el derecho internacional actual reconoce como excusa al estado de necesidad, este no podría jamás constituir una circunstancia excluyente de la ilicitud de un comportamiento estatal no conforme a la obligación de abstenerse de todo uso de la fuerza que constituya un acto de agresión contra otro Estado.

Si bien, algunos publicistas niegan los efectos del estado de necesidad en el derecho internacional, Anzilotti sostiene que un estudio de los documentos diplomáticos permite arribar a la conclusión que los Estados se encuentran muy legos de negar que la necesidad pueda legitimar actos contrarios por sí mismos al derecho internacional. A este añade:

“Si los Estados interesados han impugnado, y muy a menudo con razón, la existencia en el caso de que se trataba la pretendida necesidad de obrar en una forma determinada, también han declarado de modo expreso o han dado a entender claramente que, en otras circunstancias, la excusa invocada hubiera tenido todo su valor. Esta se admite, pues, de manera abstracta, aunque sea negada en el caso concreto. A la inversa, en vano buscaría una sola declaración que impugne, por regla general, el principio mismo de la necesidad”<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Barboza, J. “Necessity (revisited) in International Law”, *Essays in International Law in honour of Judge M. Lachs*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, The Netherlands, 1984, p. 27.

<sup>26</sup> Anuario CDI, 1980, vol. II, 1º Parte, p. 153.

<sup>27</sup> Anzilotti, D. *Curso de Derecho Internacional*, Madrid, 1935, vol. I, p. 446.



Para Ago puede considerarse como característica de este período (segunda mitad del siglo veinte), la definición de “estado de necesidad” dada por Anzilotti en su Curso de Derecho Internacional. Según Anzilotti la hipótesis a que se hace referencia cuando se invoca este concepto es aquella en que “*un Estado, obligado por la necesidad de salvarse de un peligro grave e inminente, que no ha causado voluntariamente y que no puede evitar de otra forma, comete un acto contrario al derecho de otro Estado*”<sup>28</sup>.

La decisión de contar con el *estado de necesidad* como una eventual causal de exclusión de ilicitud está presente en las labores de la Comisión de Derecho Internacional, en adelante CDI, desde 1954, año en el que comienza, en cumplimiento de la Res.799(VIII) de 7/12/1953, de la AG el 1º intento de codificar el tema “responsabilidad internacional de los Estados”.

La CDI optó por una redacción negativa inspirándose en la solución adoptada en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Se siguió en este aspecto la propuesta efectuada por el Sr. Vallat<sup>29</sup>, la que fue apoyada por Schwebel, Barboza<sup>30</sup> y Pinto<sup>31</sup>.

“1. Ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho de ese Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional del Estado a menos que:

---

<sup>28</sup> Documento A/CN.4/318/ADD.5 A 7, p. 50.

<sup>29</sup> “En lo que respecta al texto del proyecto de artículo 33, convendría hacer más hincapié en el carácter excepcional de la excusa de necesidad. Podría, por ejemplo, incluirse este proyecto de artículo después del proyecto de artículo 34 (legítima defensa) – con objeto de que surta efectos reconocidamente diferentes de los de las demás circunstancias que excluyen la ilicitud – redactándolo en forma negativa sobre la base del artículo 62 de la Convención de Viena”. Ses. 1615, párrafo 24, Anuario CDI 1980, vol. I, p. 168.

<sup>30</sup> “(...) quizás sea conveniente expresar el principio en forma negativa para responder a las preocupaciones de quienes desean dar una interpretación restrictiva a la noción de estado de necesidad”. Ses. 1617, párrafo 30, Anuario CDI 1980, vol. I, p. 176.

<sup>31</sup> “En cuanto a la redacción del proyecto de artículo propiamente dicho, el Sr. Pinto es partidario de que se introduzca el criterio de moderación en el párrafo 1. Hay que precisar también el carácter excepcional de la excusa de necesidad y redactar el artículo siguiendo el modelo del artículo 62 de la Convención de Viena, como ha sugerido Sir Francis Vallat (1615º Sesión) (...)”. Ses. 1618, párrafo 6, Anuario CDI 1980, vol. I, p. 178.

- a) ese hecho haya sido el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; y
  - b) ese hecho no haya afectado gravemente un interés esencial del Estado para con el que existía la obligación.
2. En todo caso, ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud:
- a) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad dimana de una norma imperativa de derecho internacional general; o
  - b) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad ha sido establecida por un tratado que, explícita o implícitamente, excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad con respecto a esa obligación; o
  - c) si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.”

La Comisión también analizó las condiciones requeridas para poder invocar el estado de necesidad, entre ellas señaló:

\* *existencia de peligro grave e inminente*. Algunos autores han puesto énfasis en la necesidad de la urgencia. Sobre este punto, como ya anticipáramos, en la CDI Barboza afirmó que la misma no constituía un requisito esencial. Para Gutiérrez Espada lo que debe ser inminente y grave es el daño que de la existencia de un peligro dado se deriva<sup>32</sup>.

\* *amenaza a un interés esencial del Estado*. No hay una norma precisa que establezca cuáles son considerados intereses esenciales de los Estados. “El carácter más o menos esencial de un interés determinado está en función, naturalmente, del conjunto de las condiciones en que se encuentra un Estado en las diversas situaciones concretas; es preciso, pues, apreciarlo en relación con cada caso particular en que entre en consideración tal interés, y no determinarlo anticipadamente en abstracto”<sup>33</sup>. Ello permite la flexibilidad y adaptabilidad necesaria a un escenario

---

<sup>32</sup> Gutiérrez Espada, C. *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en Derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 48.

<sup>33</sup> Anuario CDI 1980, vol II, 2º Parte, párr. 32, p. 48.

internacional permanentemente cambiante. Con lo cual el concepto de estado de necesidad lejos de ser estático, evoluciona con la comunidad internacional y puede responder a las nuevas y variadas circunstancias. La práctica demuestra que el estado de necesidad ha sido invocado ante amenazas a intereses como el mantenimiento de la paz interior, las condiciones de vida de la población, el equilibrio económico-financiero y la protección del medio ambiente.

El Sr. Pinto en la sesión de la CDI sostuvo que “La palabra interés puede ser objeto de diversas interpretaciones, y hará, sin duda alguna, difícil una aplicación de esa disposición que sea conforme a la justicia en cada caso particular. La necesidad de comparar los intereses que entran en juego, que parece exigir juicios de valor mientras no haya una escala de valores universalmente aceptada, puede plantear problemas que comprometan seriamente la utilidad de la noción de necesidad y, por tanto, del proyecto de artículos<sup>34</sup>”.

A esta inquietud, Ago responde que no se deben exagerar las dificultades que pueda plantear la interpretación de necesidad y pone como ejemplo el caso Torrey Canyon, en el que “no ha sido necesario preguntarse si el interés de Gran Bretaña en evitar una contaminación grave de sus costas prevalecía realmente sobre el interés del Estado del pabellón en que no se destruyeran los restos del buque<sup>35</sup>”.

\* *el Estado no debe haber dado lugar al peligro*. A fin de evitar problemas al momento de interpretar este requisito, Riphagen propuso en la Comisión sustituir, del proyecto de artículo 33 de Ago, las palabras *se debe a* por *las hubiera podido razonablemente ser evitado por él*, otros miembros de la Comisión ( Jagota, Barboza, Tsuruoka y Pinto) preferían sustituir el *se debe a* por *ha contribuido al* nacimiento de la situación de necesidad. Para Ago el término *contribución* podía ser demasiado laxo y capaz de privar injustamente de la posibilidad de invocar el estado de necesidad a un Estado que pudiendo haber contribuido de algún modo al nacimiento de una situación de necesidad ésta no puede realmente considerarse que se debe a él<sup>36</sup>. El artículo 33.2.c del Proyecto de

---

<sup>34</sup> Ses. 1618, párr. 2, Anuario CDI 1980, vol. I, p. 177.

<sup>35</sup> Ibidem, párr. 41, p. 182.

<sup>36</sup> Ses. 1618, párr. 26, Anuario CDI 1980, vol. I, p. 180.

la CDI reza “c) si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad”<sup>37</sup>.

\* *no exista otro modo de evitar que mediante el comportamiento contrario al derecho internacional*. Las medidas tomadas en estado de necesidad deben ser la única alternativa posible para escapar del peligro<sup>38</sup>. El estado de necesidad existe mientras el peligro exista, desaparecido éste no pueden seguirse ejecutando las medidas iniciadas, pues estas serían contrarias al ordenamiento internacional<sup>39</sup>.

La palabra “modo” utilizada en el Proyecto de la CDI no se limita a una acción unilateral de parte del Estado que invoca el estado de necesidad, sino que puede comprender “otras formas de comportamiento posibles mediante la cooperación con otros Estados o por conducto de organizaciones internacionales”<sup>40</sup>.

La CDI ha enunciado claramente los tres supuestos en que el estado de necesidad no puede ser invocado, a saber:

1. cuando de hacerlo resulte gravemente afectado otro interés también esencial de un Estado.
2. cuando la obligación que, amparándose en la necesidad, pretende incumplirse dimana de una norma imperativa del derecho internacional<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> “La Comisión alude con ello a los casos en que el Estado que invoca el estado de necesidad ha contribuido, en una u otra forma, intencionalmente o también por negligencia al mantenimiento de la situación de la que pretende valerse para justificar su incumplimiento de una obligación internacional”. (Comentario 41 al artículo 33 de su Proyecto, Anuario CDI 1980, vol. II, 2º Parte, p. 50)

<sup>38</sup> Op. Cit. Gutiérrez Espada, E. *El estado de necesidad...*, p. 55.

<sup>39</sup> Comentario 33 al artículo 33 de su Proyecto, Anuario CDI 1980, vol. II, 2º Parte, p. 48.

<sup>40</sup> Comentarios de la CDI...p. 210

<sup>41</sup> “(...) La única cuestión que la Comisión estima oportuno mencionar en este comentario es que la obligación cuyo carácter imperativo no puede ser puesta en duda en ningún caso es la que prohíbe menoscabar por la fuerza la integridad territorial o la independencia política de otro Estado. La Comisión quiere que esto quede bien puntualizado, pues son las tentativas pasadas de los Estados de invocar el estado de necesidad para justificar actos de agresión, conquistas y anexiones realizadas por la fuerza las que dan origen con mayor frecuencia a los temores suscitados por la idea de admitir la noción de estado de necesidad en derecho internacional. Entre las normas

3. cuando el texto de un tratado cuyas obligaciones intentan no respetarse justificándose en esta figura excluye expresamente o implícitamente la posibilidad de su invocación<sup>42</sup>.

Finalmente, a juicio de la Comisión, la exclusión del carácter ilícito de un hecho del Estado no entraña automáticamente la consecuencia de que ese hecho no pueda engendrar, por otros conceptos, una obligación de indemnizar los daños causados, incluso si esta obligación no debe calificarse de obligación de “reparar un hecho ilícito”<sup>43</sup>.

El Relator Crawford, luego de comprobar que con posterioridad a la adopción por la CDI del estado de necesidad, este ha sido invocado en la práctica, y que el TIJ se refirió largamente a este instituto en el caso Gabèikovo-Nagymaros, concluye que en conjunto dicha disposición “permite aparentemente establecer un equilibrio entre los intereses de los Estados concernidos y los de la comunidad internacional considerada como un todo”. En consecuencia, el Relator propone mantener el artículo 33 respetando en lo esencial su forma, efectuando sólo algunas enmiendas<sup>44</sup>. En primer término, considera conveniente reemplazar la expresión “estado de necesidad” por “necesidad” a fin de evitar confusión con el otro sentido del término “Estado” en el texto del proyecto<sup>45</sup>.

---

cuya violación no puede justificarse nunca por razón alguna de necesidad se mencionaron igualmente, en los debates, normas tales como la que prohíbe el genocidio o la que condena categóricamente la matanza de los prisioneros de guerra”. Comentario 37 al artículo 33 de su Proyecto, Anuario CDI 1980 vol. II, 2º Parte, p. 49.

<sup>42</sup> “(...) La Comisión considera importante puntualizar a este respecto que el silencio del tratado no debe interpretarse automáticamente como una admisión de la posibilidad de invocar el estado de necesidad. Existen obligaciones convencionales que se han concebido especialmente como aplicables asimismo, o muy particularmente, en situaciones anormales de peligro para el Estado obligado y para los intereses fundamentales de éste y que, sin embargo, no contienen ninguna cláusula relativa a la cuestión que aquí se trata (es el caso de otras convenciones de derecho humanitario aplicables en las conflictos armados). A juicio de la Comisión, la exclusión de la posibilidad de invocar el estado de necesidad se desprende entonces de modo implícito, pero indudable, del objeto y fin de la norma, y también a veces de la circunstancias de su elaboración y aprobación. Por eso la Comisión consideró especialmente útil mencionar también expresamente esta hipótesis dentro del marco del artículo que había de definirse”. Ibidem, comentario 38.

<sup>43</sup> Ibidem, comentario 39, p. 49.

<sup>44</sup> A/CN.4/498 Add.2, p. 35, párrafo 291.

<sup>45</sup> A/CN.4/498 Add.2, p. 35, párrafo 290.

Crawford propone tres modificaciones a dicho artículo, a las cuales las califica de “redaccionales” y en conjunto “menores”<sup>46</sup>.

El artículo 25 definitivo de la CDI establece:

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en 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 e 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

---

<sup>46</sup> Las modificaciones propuestas por el Relator Crawford son:

a) el texto del art. 33.2.b. prohibía a un Estado invocar el estado de necesidad cuando la obligación incumplida por él figuraba “en un tratado” que explícita o implícitamente excluía su invocación. El Relator propone que se indique la imposibilidad de alegar el estado de necesidad si “la obligación internacional excluye, expresa o implícitamente, la posibilidad de invocar (...)”. Plantea que si bien un tratado podría excluir la invocación del estado de necesidad, por qué una norma consuetudinaria no podría hacer lo mismo.

b) En cuanto al requisito de no haber el Estado contribuido a la aparición de la situación de necesidad, el Relator propone que se añada “*notablemente contribuido*”. Se trata de no impedir la invocación de esta causa al Estado que pudiendo haber contribuido a su aparición, su contribución no fue “lo suficientemente importante”<sup>46</sup>.

c) El Relator entiende que hacer depender la invocación del estado de necesidad de que el comportamiento pretendido no lesione gravemente sólo los intereses del otro Estado, tal como lo establece el art. 33.1.b, implica no tener en cuenta la existencia de obligaciones *erga omnes*, es decir, obligaciones que protegen intereses de la comunidad internacional en su conjunto, por lo que propone una modificación en este sentido. Su propuesta conlleva una imposibilidad de invocar el estado de necesidad cuando ello supusiera la vulneración de intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto. Con esta propuesta se restringe entonces aún más la posibilidad de invocar esta figura, olvidando la contracara de ello, esto es la posibilidad de su invocación cuando el peligro grave e inminente se cierne sobre un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto.

b) *El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad*<sup>47</sup>.

## Conclusión

En la violación grave del tratado el sujeto inocente, es decir, el perjudicado por la violación tiene frente a sí un abanico de posibilidad, esto es *i.a.* puede solicitar la reparación por los daños causados, solicitar la suspensión o terminación del tratado. Estas opciones se le presentan frente a un hecho ilícito concreto, acaecido. Esta es una diferencia importante con el estado de necesidad pues en este caso nos ubicamos frente a la inminencia de un peligro grave, lo que significa que nos ubicamos en el terreno de la probabilidad de su ocurrencia. Peligro que debe ser real y que debe poder afectar a un interés esencial del Estado necesitado o de la comunidad internacional en su conjunto. Este supuesto no se plantea en el caso de la violación grave pues sólo goza del derecho de solicitar la terminación del tratado la parte afectada por la violación o todas las partes en el tratado violado. El hecho necesitado si bien consiste en la violación de una obligación internacional no configura un hecho ilícito porque intervino una causa de exclusión de la ilicitud.

A diferencia de lo que ocurre en la violación del tratado, en el estado de necesidad no se tiene otro modo de hacer frente al peligro más que violando la obligación, siempre y cuando, no se haya contribuido a la ocurrencia del peligro, no estemos ante una norma imperativa o la obligación internacional de que se trate haya excluido la posibilidad de su invocación. En estos tres casos no se puede invocar el estado de necesidad, en otros supuestos siempre que se cumpla acumulativamente con las condiciones previstas en el art. 25 del Proyecto de la CDI, artículo que por otra parte recepta la costumbre internacional existente sobre la materia, se puede invocar esa causal de exclusión de carácter excepcional tal como lo indica su redacción en términos negativos.

---

<sup>47</sup> El resaltado nos pertenece.

Tanto en el estado de necesidad como en la violación grave estamos frente a supuestos calificados de “graves”, término que adolece de vaguedad, si bien la Convención de Viena en su art. 60 trató de superar esa limitación del lenguaje, a nuestro juicio no lo logró acabadamente como tampoco está superado en el artículo 25 del Proyecto de la CDI, en ambos casos es una cuestión a determinar caso por caso.

En ambos casos, rige el principio de proporcionalidad, pues en el estado de necesidad se deben poner en tensión los intereses en juego y no se puede afectar gravemente con el hecho necesitado un interés superior del Estado con el cual se está obligado o de la comunidad internacional en su conjunto. En el caso de la violación grave, la posibilidad de solicitar su terminación está limitada sólo a los casos de violaciones que afecten al objeto y fin del tratado, esto es cuando se ha violado disposiciones esenciales del tratado no en otros casos. Punto este que puede generar una controversia entre las partes involucradas pues pueden existir puntos encontrados respecto a qué se entienda por cláusulas que hacen al objeto y fin del tratado. Ya Vattel en su obra *Le Droit de gens* había señalado que las cláusulas de un tratado constituyen un todo.

El estado de necesidad como circunstancia excluyente de ilicitud no da por terminada la obligación internacional, sólo justifica su incumplimiento mientras se mantiene la necesidad pues una vez superada se restablece plenamente la obligación, a diferencia de lo que ocurre cuando se resuelve la terminación de un tratado frente a una violación grave.

En suma, existen muchos puntos de contacto entre ambos institutos, de allí la necesidad de su caracterización y comparación.



# DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

Amalia URIONDO DE MARTINOLI

## Resumen

El artículo esboza algunas ideas en torno a la migración a escala internacional, ya que se considera que cerca del 3% de la población mundial no vive en su país de origen. El migrante, como toda persona, se encuentra bajo el manto protector de los instrumentos jurídicos de derechos humanos y libertades fundamentales. No obstante, en el proceso de integración en la sociedad de acogida afloran los conflictos que se traducen en el rechazo, la xenofobia y la estigmatización de los sujetos migrantes, que arrojan sombras sobre el presente. No es posible hablar de la integración social de los inmigrantes si no se tienen garantizados los derechos inherentes a todos los seres humanos. El principio que permitirá unir la diversidad y la diferencia es la tolerancia con otros mundos y realidades.

**Sumario:** I. Introducción. 1. Algunas preguntas. 2. Migración internacional; a) Destinos de la emigración; b) Feminización migratoria; c) Flujos migratorios interregionales. II. ¿Se protegen los Derechos humanos de los migrantes? 1. Declaraciones de las Naciones Unidas: a) Declaración Universal de Derechos Humanos; b) Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven. 2. Tratados relativos a los Derechos Humanos: a) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; b) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; c) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; d) Convención sobre los Derechos del Niño; e) Instrumentos regionales; f) Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. III. Ubicación jerárquica de la normativa internacional de Derechos humanos en el orden jurídico interno. IV. ¿Son términos sinónimos sociedad pluricultural y sociedad multicultural?; ¿Qué es una sociedad multicultural?; ¿Cuál es la diferencia entre multiculturalidad e interculturalidad?. V. Reflexión final.

## I. Introducción

### *1. Algunas preguntas*

Mi colaboración al libro homenaje de la querida “Zlata”, a quien me une una relación de amistad y respeto, pretende abrir un nuevo espacio de debate que plantea la emigración a escala internacional y el modo en que los derechos humanos de los migrantes son protegidos. No es un tema nuevo ni mucho menos, ya que existe una extensa literatura que ha sido estudiada desde diferentes disciplinas y enfoques dentro de ellas (sociología, antropología, historia, filosofía, derecho, política, educativa, etc.). El eje de la cuestión radica en compatibilizar el principio de la libertad de tránsito, que recoge la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948<sup>1</sup>, con el derecho soberano de cada Estado de decidir quién entra y quién sale de su territorio. Los Estados pueden asegurar sus fronteras y resolver sobre las condiciones de ingreso y permanencia, así como sobre las condiciones de expulsión de las personas que ingresan en su espacio territorial.

Ahora bien, un hecho incuestionable es que las poblaciones migrantes constituyen grupos altamente vulnerables en cuanto a la vigencia de sus derechos fundamentales. Es por ello, que la comprensión del fenómeno migratorio no puede entenderse desligado de la integración de los extranjeros en la sociedad receptora y de la necesidad de proponer o adaptar las soluciones existentes, a partir de un estricto respeto de los derechos de las personas migrantes. De ese modo, se instaura la necesidad de combinar dos exigencias a menudo contrapuestas: la integración del inmigrante en el país de destino y el respeto a sus orígenes.

---

<sup>1</sup> Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), cuyo art. 13 establece que 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y regresar a su país. Así también lo establecen, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art. 22); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 12). Los instrumentos también garantizan muchos otros derechos aplicables a situaciones que son comúnmente experimentadas dentro del contexto de la migración.

Para reflexionar sobre estos problemas dividiré el trabajo en dos partes: en la primera, me referiré a los distintos aspectos que presentan los flujos migratorios y a las inevitables consecuencias jurídicas que trae consigo la realidad migratoria. En la segunda, me centraré en la normativa internacional sobre derechos humanos que constituye el sustento jurídico de los principios de la tolerancia, cuyo objetivo es promover actitudes y valores que fortalezcan la coexistencia, el pluralismo y el respeto a los diferentes grupos e individuos que forman la sociedad. El tema que voy a tratar se resume en las siguientes preguntas:

¿Qué es migración?

¿Quién es un migrante?

¿Se protegen los derechos de los migrantes?

¿Son términos sinónimos sociedad pluricultural y sociedad multicultural?

¿Qué es una sociedad multicultural?

¿Cuál es la diferencia entre multiculturalidad e interculturalidad?

## 2. *Migración internacional*

La primera cuestión que nos plantea el fenómeno de la migración internacional es precisar ¿Qué es migración?

Muchas veces se utiliza la definición en un sentido amplio para referirse a todo movimiento de las personas de un lugar a otro por razones de satisfacción de necesidades generalmente económicas o mejora de las condiciones de vida. La migración es una de las formas de movilidad humana, por lo general, la decisión de emigrar suele estar influida por el contexto social. Tal vez por ser el modo más generalizado también se la emplea para referirse a casi todos los tipos de desplazamientos<sup>2</sup>, que conllevan un cambio de residencia bien sea temporal o definitivo.

Así, cabe identificar el caso de las “migraciones mixtas”, movimientos que incluyen refugiados, peticionantes de asilo, migrantes económi-

---

<sup>2</sup> Cfr. “Los migrantes, sus derechos y legislación aplicable. Guía práctica”, disponible en: [www.iom.int/jahia/webdav/.../oim\\_colombia\\_guia\\_practica.pdf](http://www.iom.int/jahia/webdav/.../oim_colombia_guia_practica.pdf)

cos, menores no acompañados, migrantes ambientales, personas traficadas, víctimas de trata y migrantes varados, entre otros, y cuya principal característica es la condición de vulnerabilidad asociada con la irregularidad de las personas involucradas<sup>3</sup>. Aunque la migración tiene ciertas especificidades respecto a otros géneros como el refugio y el desplazamiento forzado, que comprenden a las personas que huyen de situaciones que atentan contra la integridad y la seguridad.

Seguidamente nos preguntamos ¿Quién es un migrante?

Esta es una pregunta interesante ya que, de alguna forma, todas las personas podemos identificarnos de una forma u otra con la inmigración. A nivel internacional no hay una definición aceptada de migrante, no obstante ha sido entendido como aquél que ha tomado, en forma libre, la decisión de migrar por conveniencia personal y sin ningún tipo de presión externa. En consecuencia, este término se aplica a aquellas personas y los miembros de su familia, que se desplazan a otro país u otra región con el fin de mejorar sus condiciones materiales y/o sociales<sup>4</sup>.

Son diversas las causas de la migración y el perfil de los migrantes. Esta expansión de los flujos de población, tanto cualitativa como cuantitativamente, se debe a varios factores, entre ellos, el incremento de las corrientes migratorias de trabajadores provocadas por cuestiones económicas y laborales, la facilitación de los medios de transporte y comunicaciones, los desplazamientos derivados de la cultura del ocio actual y conectados básicamente pero no exclusivamente, al fenómeno turístico. En efecto, la evolución de las sociedades ha incrementado el tráfico entre ellas; en la historia sabemos de desplazamientos de personas de un lugar a otro y a veces de un país a otro por razones de hostigamiento político o religioso, por persecuciones políticas o simplemente en búsqueda de trabajo, que desde África, Iberoamérica y algunas partes de Asia se trasladan hacia zonas desarrolladas del mundo. Con el progreso de la tecnología y de las comunicaciones, los intercambios son más frecuentes y sobre todo más complejos. Se habla de la globalización y ese concepto agrupa una

---

<sup>3</sup> *Migración internacional en América Latina y el Caribe- Nuevas tendencias, nuevos enfoques*, Editor Jorge Martínez Pizarro, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, mayo de 2011, p. 21.

<sup>4</sup> Organización Internacional para las Migraciones; *International Migration Law. Glossary on Migration*: OIM, Ginebra 2004, p. 40.

serie de elementos que llevan a una mayor cercanía entre países y a un estrecho contacto entre culturas diversas.

Las migraciones internacionales han sido un componente socio-cultural básico en el curso del siglo XX, y podemos asegurar que durante el XXI persistirán los amplios movimientos de personas sin que las características predominantes de los mismos varíen substancialmente, pues “los factores socio-culturales, políticos y sobre todo económicos que hicieron del pasado siglo ‘la era de la migración internacional’ (Castles y Zlotnik, 1999), no parecen desaparecer por el momento, de modo que su configuración actual le confiere a ésta un carácter de ‘fenómeno a largo plazo’ (Suárez-Orozco, 2001)”<sup>5</sup>, cada día más dinámico y fluido. Incita la movilidad de la población a escala internacional una serie de causas: las tendencias demográficas, los conflictos armados<sup>6</sup>, los desastres naturales, las desigualdades de las economías nacionales, las condiciones de pobreza de amplios sectores, la falta de oportunidades laborales y, en general, el abismo cada vez mayor entre pobreza y riqueza.

Estudios e informes de organismos internacionales<sup>7</sup> señalan que la totalidad de migrantes alcanza al 3% de la población mundial, y afecta a casi todos los países, ya sea como país de emigración, de inmigración, de tránsito, o incluso, los tres caracteres a la vez. Actualmente, se estima que el número de personas que se han establecido en un país distinto del que nacieron oscila entre 185 y 192 millones en todo el mundo. Ello permite afirmar que la migración internacional o la libre circulación de personas entre territorios autónomos, con sistemas políticos, jurídicos económicos y sociales heterogéneos, se ha convertido en una característica intrínseca de la globalización, en donde la brecha entre países desarrollados y en desarrollo se puede agudizar.

---

<sup>5</sup> Valido, Ana María: “Migración internacional y Derecho de familia: realidades y retos”. *Aldea Mundo Revista sobre Fronteras e Integración*, Año 11, No. 22 / Noviembre 2006 - Abril 2007.

<sup>6</sup> En los últimos meses miles de personas que escapan de la guerra civil de Siria comenzaron a llegar a campos de refugiados del Líbano (Sabra y Shatila), cfr. diario *La Nación* de 15 de septiembre de 2012.

<sup>7</sup> Ver “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes”, publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) 2005.

*a) Destinos de la emigración*

Históricamente en los países de Sudamérica las migraciones fueron marcadas por corrientes venidas de Europa. Hoy han cambiado de dirección, se han invertido las tendencias migratorias, pasando de ser una zona de inmigración para convertirse en una región con movimientos migratorios que circulan por diferentes lugares, gran parte van a Estados Unidos y hacia los países más cercanos. El deterioro de las economías, el empobrecimiento de la clase media y la elevada desocupación ha hecho que gran parte de los migrantes hayan elegido países de la misma región y aquellos con mejores posibilidades económicas y preparación intelectual hayan optado por Europa, Estados Unidos o incluso Japón (IOM report, 2000).

En tanto, dentro de América Latina y el Caribe, la cifra de inmigrantes total representa únicamente el 1% de la población regional, mientras tanto, el porcentaje de emigrantes sube al 4%. O sea que por cada inmigrante que llega a la región, cuatro personas están afuera. Algunas excepciones que se han convertido en polos de atracción dentro de la zona son los casos de Argentina, Costa Rica y Venezuela en América Latina y Puerto Rico, Barbados y Bahamas en el Caribe. Las poblaciones inmigrantes en estos países giran alrededor del 10% y en los casos caribeños superan esta cifra<sup>8</sup>.

Para complicar aún más la escena, cabe añadir que los flujos migratorios atraviesan las fronteras no sólo del o los países inmediatamente vecinos, sino que muchas veces se ven obligados a cruzar las de varios Estados en su camino al país al que migran, en el cual pretenden encontrar mejores expectativas de vida para ellos y sus familias. La situación de los “transmigrantes” o “migrantes de paso” conlleva la necesidad de establecer una regulación propia además de la prevista para los supuestos de inmigración y emigración de personas o grupos<sup>9</sup>.

En Europa occidental, en los últimos años, se han establecido alrededor de veinte millones de migrantes, es decir, casi un 15 % de la población activa, siendo un 40% de ellos provenientes de países del tercer mundo.

---

<sup>8</sup> Peralta Gainza, Patricia: “Tendencias migratorias en América Latina”, en Revista Gloobal Hoy, 27/7/2006: [www.gloobal.net](http://www.gloobal.net)

<sup>9</sup> Carrillo Castro, Alejandro, “La migración en América latina”. disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/24/11.pdf>, p. 116.

Esta circunstancia denota que la adaptación y la convivencia de algunos grupos de inmigrantes con la sociedad receptora resulta en verdad conflictiva, pues proceden de lugares que presentan gran variedad de étnias, culturas, lenguas y religiones, que no muestran una gran afinidad con la cultura europea<sup>10</sup>.

Desde mediados del siglo XIX, la República Argentina ha sido un país receptor de inmigrantes, tanto intra-continenciales como extra-continenciales. Por diversos motivos, la presencia de la migración ultramarina comenzó a disminuir notablemente a mediados del siglo XX<sup>11</sup>, en tanto que la inmigración proveniente de países limítrofes se mantuvo relativamente estable a lo largo del siglo. Cabe señalar el incremento de la corriente migratoria proveniente de otros países latinoamericanos, entre los que se destaca Perú, de países asiáticos, principalmente China y Corea del Sur, de países de Europa del Este y de diversos países de África (especialmente Senegal y Nigeria)<sup>12</sup>. Asimismo, que Argentina cuenta con una importante cantidad de emigrados residiendo en el extranjero.

El 17 de diciembre de 2003, el Congreso de la Nación sancionó una nueva ley de migraciones N° 25 871<sup>13</sup>, teniendo como objetivo los compromisos internacionales de la República respecto a los Derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes (art. 3). Esta normativa ha

---

<sup>10</sup> Carballo Armas, Pedro “Inmigración y Derechos Fundamentales en la Unión Europea: una aproximación a los instrumentos jurídico-políticos de integración de los extranjeros en España”, ReDCE n° 5, enero-junio de 2006, p. 6, disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCES5/articulos/11pedrocarballo.htm>

<sup>11</sup> Courtis, Corina, “Marcos institucionales, normativos y de políticas sobre migración internacional en Argentina, Chile y Ecuador”, en *Migración internacional en América Latina y el Caribe. Nuevas tendencias, nuevos enfoques*, (CEPAL), Editor Jorge Martínez Pizarro, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, mayo de 2011, p. 101.

<sup>12</sup> Según Jorge Martínez Fernández Bernal en “La situación del pueblo Rom en la Argentina”, los primeros miembros del pueblo Rom (gitanos) comenzaron a inmigrar al país hace más de 100 años. Se estima que viven alrededor de 300.000 integrantes que pertenecen a los siguientes grupos: Kalderash griegos, rumanos, ucranianos, búlgaros, moldavos y rusos, algunas familias Lovari y algunos Xoraxane Roma, Calé argentinos, españoles y los Boyash. La Mayoría de los Rom es de confesión evangélica.”

<sup>13</sup> La ley fue reglamentada en mayo de 2010 (Decreto 616/2010).

supuesto un cambio esencial en el enfoque de la política migratoria en el país. Tiene la particularidad de reconocer el derecho a residir y trabajar libremente a los ciudadanos de los países limítrofes e incorporó el criterio único de la nacionalidad del Mercosur para el otorgamiento de la residencia en el país, sin depender de otros criterios migratorios tradicionales de radicación (trabajo, familia, etc.). Establece los siguientes derechos de los extranjeros: derecho a la migración y de reunificación familiar; derecho a la igualdad de trato; derecho al acceso, no discriminatorio, del inmigrante y su familia, a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social; derecho a la información. Con posterioridad, se firmó un tratado con la República del Perú reconociendo los mismos derechos a sus ciudadanos.

Mediante el decreto 1169/2004, se puso en marcha la “Regularización migratoria de ciudadanos nativos fuera de la órbita del Mercosur”, que alcanza a los ciudadanos provenientes de China, Taiwán, República Dominicana y ciertos países de África. En virtud de esta medida, se estima que aproximadamente 12.000 personas regularizaron su situación migratoria<sup>14</sup>.

En 2005, se implementó el programa nacional de normalización documentaria migratoria denominado Plan Patria Grande<sup>15</sup>, con el fin de conceder la residencia a los inmigrantes provenientes de países fronterizos y Perú que se encontraban en situación irregular, extendiéndose también para los ciudadanos de origen ecuatoriano, colombiano y venezolano.

Entre 2006 y 2008, el gobierno entregó documentos a 714.907 inmigrantes, una cantidad que constituye más de la mitad de los 1.531.940 de inmigrantes censados en 2001. De este modo, los inmigrantes con

---

<sup>14</sup> Courtis, Corina, “Marcos institucionales, normativos y de políticas sobre migración internacional en Argentina, Chile y Ecuador”, art. cit., p. 110.

<sup>15</sup> Disposición DNM N° 53.253, diciembre de 2005. A través del Decreto N° 836/04, se creó en el ámbito de la Dirección Nacional de Migraciones el programa nacional de normalización documentaria migratoria cuyo objetivo es la regularización de la situación migratoria y la inserción e integración de los extranjeros residentes en forma irregular en el país. Por Decreto N° 578/05, se instruyó a la Dirección Nacional de Migraciones a implementar en el marco del citado Programa, la regularización migratoria de los extranjeros nativos de los Estados Parte del Mercosur y sus Estados Asociados.



residencia en la Argentina sumaban al comenzar 2009, al menos 5,2 millones de personas, equivalente al 13,9% de la población<sup>16</sup>. A fines de 2009, concluyó el programa Patria Grande y otorgó 221.814 radicaciones.

De acuerdo al informe del primer trimestre del año 2012 de la síntesis estadística de radicaciones elaborada por la Dirección Nacional de Migraciones- Ministerio del Interior-, el total de iniciadas y resueltas por categoría: permanente y temporaria durante el período 2004- 2012 (al mes de agosto) fue de 1.579.81 de personas de distintas nacionalidades<sup>17</sup>.

### *b) Feminización migratoria*

Un estudio de la CEPAL (ONU)<sup>18</sup> destaca que "... la región cuenta con alrededor del 10% de los migrantes del mundo y una creciente participación de personas, comunidades y países en la migración internacional...", y un hecho muy sobresaliente ocurrido durante las últimas décadas en la región es la participación de las mujeres en la migración internacional. Este último dato, tiene especificidades y significados profundos, asociados tanto a las transformaciones económicas mundiales y a la reestructuración de los mercados laborales como a la consolidación de redes sociales y familiares. Los motivos que llevan a las mujeres a emigrar deben mirarse desde el contexto social y cultural del país del que proceden. Así, una de las características distintivas de la migración latinoamericana y caribeña, es la participación de mujeres en numerosos flujos migratorios internacionales, que guardan estrecha relación con la demanda laboral en actividades de servicios en el país de destino. En esta dirección apunta la fuerte representación de trabajadoras en el servicio do-

---

<sup>16</sup> Disponible en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Inmigraci%C3%B3n\\_en\\_Argentina#cite\\_note-2#cite\\_note-12](http://es.wikipedia.org/wiki/Inmigraci%C3%B3n_en_Argentina#cite_note-2#cite_note-12).

<sup>17</sup> Paraguaya: 626.637; Boliviana: 423.204; Peruana: 235.774; China: 23.313; Brasileña: 29.573; Chilena: 36.492; Uruguay: 30.482; Colombiana: 47.758; Estadounidense: 20.984; Dominicana: 7.511; Española: 10.587; Ucraniana: 4.048; Ecuatoriana: 11.030; Venezolana: 8.282; Italiana: 8.289; Mexicana: 8.807; Francesa: 6.584; Cubana: 1.004; Rusa: 975; Filipina: 6.60; Alemana: 4.438; otras nacionalidades: 27.308... (Base SADEX; incluye trámites ordinarios y Patria Grande).

<sup>18</sup> ONU. CEPAL "El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género", 2003.

méstico, en el cuidado de ancianos y menores como modalidad de inserción laboral preferente entre las inmigrantes sudamericanas en Europa y, en menor grado, en los Estados Unidos y Canadá. Es decir, las trabajadoras migratorias predominan en el mercado laboral informal de la mayoría de los países receptores y realizan tareas domésticas, industriales, agrícolas o en el sector de los servicios, las que, en general, son mal remuneradas y las colocan en una situación de aislamiento, subordinación y estigmatización. Esta situación se ve agravada cuando el Estado receptor la tolera implícitamente<sup>19</sup>.

“No obstante que aún presenta escasa visibilidad, la feminización de la migración entraña la oportunidad de abrir nuevos espacios a la mujer dentro del ámbito de la familia y de la sociedad como un todo, pues está llamada a contribuir a que se flexibilice la división sexual del trabajo y transformen los modelos y roles de género. Sin embargo, también esconde el riesgo de afectar negativamente los proyectos de vida de las mujeres, de reforzar sus condiciones de subordinación y las jerarquías asimétricas de género, de menoscabar su dignidad y atentar contra sus derechos. Un ejemplo de ellos es el trabajo doméstico transfronterizo, que representa un alto componente de la inserción laboral femenina y está fuertemente vinculado con una preocupación de la comunidad internacional sobre la situación de vulnerabilidad que afrontan las mujeres migrantes respecto a ser víctimas de discriminación y de la violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales”<sup>20</sup>, específicamente los laborales y sindicales.

Este pensamiento está en sintonía con las recomendaciones realizadas por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE, 2009) respecto a la necesidad de formular políticas de inmigración laboral sensibles al género que desarrollen ambientes habilitantes

---

<sup>19</sup> Primer informe de actividades de Gabriela Rodríguez Pizarro, ex Relatora Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas, (Rodríguez, 2001, en <http://www.ohchr.org/spanish/issues/migration/rapporteur/>).

<sup>20</sup> “Migración internacional de latinoamericanos y caribeños en Iberoamérica: características, retos y oportunidades”. Documento preparado por el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la CEPAL con ocasión del Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006. Santiago de Chile, julio de 2006.

que proporcionen igualdad de oportunidades de empleo y de acceso a los beneficios tanto a los inmigrantes hombres como mujeres, inclusive el reencuentro familiar.

*c) Flujos migratorios interregionales*

Los migrantes intrarregionales totalizan una cifra cercana a los tres millones de personas, las que se desplazan fundamentalmente entre países fronterizos o con proximidad geográfica. La migración entre los países de la región, es un fenómeno que sigue vigente, produciéndose una yuxtaposición de las condiciones de recepción con las de emisión, tránsito y retorno de migrantes. El análisis y la acción en las zonas fronterizas es sin duda importante, si consideramos la compleja trama de interacciones que se desarrollan en los espacios limítrofes de los países miembros y que atraviesan todas las dimensiones: económicas, políticas, laborales, sociales y culturales<sup>21</sup>.

Dentro de los espacios de integración subregional, se ha intentado abordar una progresiva liberalización de la movilidad de las personas, como lo demuestran las medidas dirigidas a facilitarla en el seno del Mercosur. En la reunión realizada entre el 9 y el 11 de noviembre de 2002 en la ciudad de Salvador de Bahía, República Federativa de Brasil, fue aprobado el Proyecto de Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del Mercosur<sup>22</sup>, produciéndose un salto cualitativo en el tratamiento de la cuestión. El Acuerdo establece lo que puede considerarse como “un área de libre residencia” para los ciudadanos de sus Estados, con el requisito de acreditar su nacionalidad y falta de antecedentes penales. El derecho a residencia se aplica tanto a quienes desean ingresar como a los ya residentes, extendiéndose también a su familia. Asimismo, declara la igualdad de derechos civiles, sociales, culturales y económicos entre nacionales del país de recepción y nacionales de otros países fir-

---

<sup>21</sup> Pérez Vichich, Nora, Fundamentos teóricos del tratamiento de la movilidad de personas en Mercosur, Entelequia, Revista interdisciplinaria. Monográfico, junio 2007, disponible en: <http://www.eumed.net/entelequia/pdf/2007/e04a13.pdf>

<sup>22</sup> Los presidentes de los cuatro países más Bolivia y Chile, en tanto países asociados, refrendaron este Acuerdo en la Declaración Conjunta Presidencial del Mercosur del 6 de diciembre de 2002 (Brasilia, Dec. CMC 28/02).

mantes; el principio de reunión familiar; el derecho a transferir remesas a su país; el derecho de los hijos de los inmigrantes a tener un nombre, una nacionalidad y a la educación, aún en caso de que sus padres estén en situación irregular, etc.

En esa misma fecha, los cuatro Estados más Bolivia y Chile también suscribieron el Acuerdo de regularización migratoria de los ciudadanos del Mercosur (Dec.CMC 28/02), cuyo objetivo es legalizar la situación de los ciudadanos de las naciones firmantes que se encuentran residiendo en forma irregular en el territorio de otro Estado Parte, permitiendo su regularización sin tener que regresar al país de origen y con independencia de la categoría con que hubiera ingresado, lo cual constituye un importante avance en la materia.

A fines de 2003, también con el objetivo de implementar políticas de libre circulación de personas en el espacio de integración, se concreta el Acuerdo de creación de la Visa Mercosur (Dec.CMC 16/03) con el fin de establecer reglas comunes para el movimiento temporal de personas físicas prestadoras de servicios en la región. La concesión de la Visa no estará sometida a ninguna prueba de necesidad económica ni a cualquier autorización previa de naturaleza laboral y estará exenta de cualquier requisito de proporcionalidad en materia de nacionalidad y de paridad de salarios. Además, se establece que la visa dará derecho a múltiples entradas y salidas.

La necesidad de adoptar medidas para prevenir, detectar y penalizar el tráfico de personas y migrantes en la región, llevó a los Presidentes de los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile a suscribir el 16 de diciembre de 2004, en Belo Horizonte (Brasil), el Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes<sup>23</sup> (Dec. CMC37/04). Entre las acciones previstas se incluyen la cooperación, el intercambio de información y la acción conjunta entre las partes. El acuerdo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con dicha Convención y su Protocolo Adicional en materia de “Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire”.

En caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en una de las Partes, se

---

<sup>23</sup> Argentina aprobó el Acuerdo por ley 26.382, la cual fue promulgada de hecho el 10 de junio de 2008.

aplicará el Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los Derechos Humanos del Mercosur de 19 de junio de 2005 (Dec. CMC 17/05)<sup>24</sup>. El instrumento promueve la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las Partes. Para cumplir con su objetivo, establece la cooperación mutua a través de los mecanismos institucionales establecidos en el Mercosur e instituye la vía de las consultas entre los integrantes del bloque y con la Parte afectada en los supuestos en que ésta haya incurrido en graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales, en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos.

En el marco de los temas migratorios, la XXX Reunión de Ministros del Interior del Mercosur y Estados Asociados (Montevideo, 25 de noviembre de 2011) pone de manifiesto que la adhesión de la República del Ecuador y la República del Perú al Acuerdo sobre residencia para nacionales del Mercosur, representa un gran progreso en la consecución de un espacio común en que los nacionales de la región puedan circular y residir, garantizando a todos sus derechos civiles, sociales y económicos en los países del bloque. No obstante, una de las características generales de los inmigrantes a nivel internacional es la de constituir un sector de la población relativamente más vulnerable en lo que se refiere a la protección de sus derechos humanos, a diferencia de la población nativa. De allí, que nos preguntemos:

## II. ¿Se protegen los Derechos humanos de los migrantes?

La inmigración es uno de los fenómenos mundiales más controvertidos y multifacéticos. Si bien los Estados tienen la capacidad y facultades de establecer reglas para la migración de las personas, al mismo tiempo debe haber reconocimiento de derechos básicos e igualdad, se trate de

---

<sup>24</sup> Mediante ley 26.109 (BO, 03/07/2006) Argentina aprobó el Protocolo de Asunción.

connacionales de un Estado o extranjeros, los cuales deben ser respetados en cualquier circunstancia<sup>25</sup>. Tal afirmación deriva porque los Derechos humanos son derechos inherentes a toda persona por el simple hecho de su condición humana, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, orientación sexual, opinión política o de cualquier otra índole, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles<sup>26</sup>.

La mayoría de las doctrinas jurídicas distinguen tres grupos de Derechos humanos: los de primera generación son los derechos civiles y políticos, vinculados con el principio de libertad (vida, libertad, seguridad jurídica, libertad de expresión, libertad religiosa, etc.). Los de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales, conexos con el principio de igualdad (seguridad social, trabajo, salud, alimentación, vivienda, educación etc.). Exigen para su realización efectiva de la intervención de los poderes públicos, a través de prestaciones y servicios públicos. Por su parte, los de tercera generación, mucho más recientes, se vinculan con la solidaridad y se refieren al progreso social, la ecología, etc. (el cuidado del medio ambiente, el patrimonio común de la humanidad, el desarrollo científico y tecnológico, etc.). Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario<sup>27</sup>.

Cada persona involucrada en el proceso de migración, se encuentra bajo el amparo de un conjunto de instrumentos jurídicos sobre Derechos humanos en general. Es decir, la esencia de los derechos fundamentales de los migrantes lo encontramos en diferentes instrumentos internacionales que han intentado abogar por la universalidad de tales derechos. Éstos imponen límites a lo que los Estados pueden y no pueden hacer a las personas dentro de su territorio. Además, gozan de un sistema de protec-

---

<sup>25</sup> Cfr. “Advierte la ONU retos en protección a migrantes”, disponible en: El Universal.com.mx

<sup>26</sup> Cfr. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

<sup>27</sup> Pérez Luño, Antonio-Enrique, *La tercera generación de Derechos Humanos*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 28 y ss

ción que tiene jurisdicción sobre la casi totalidad de los países del mundo, cuya principal función es la de supervisar la aplicación de los tratados por los Estados parte y denunciar su incumplimiento, por ejemplo: el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, el Centro de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Centraremos los comentarios en las siguientes normas internacionales de Derechos humanos que son relevantes para los migrantes:

### *1. Declaraciones de las Naciones Unidas*

#### *a) Declaración Universal de Derechos Humanos*

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas, está firmada por un gran número de gobiernos representando diferentes culturas, áreas geográficas y sistemas políticos. La Declaración “hace un esfuerzo por plasmar, en un total de treinta artículos, los principios y valores considerados como elementales a lo largo de la historia desde distintas concepciones del hombre o del mundo”<sup>28</sup>.

En el contexto de la migración, cobra relevancia el principio de no discriminación que garantiza que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en su texto sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición.

El derecho de toda persona a emigrar, como condición inherente al principio de libertad de tránsito, se encuentra recogido en el art. 13 cuan-

---

<sup>28</sup> Solanes Corella, Ángeles, “Inmigración y derechos humanos”, disponible en: <http://www.fundacioncajamar.es/mediterraneo/revista/me0107.pdf>

do garantiza la libertad de circulación y desplazamiento tanto en el ámbito territorial nacional como en el espacio internacional, y cuando reconoce el derecho a escoger libremente el lugar de su residencia en el territorio de un Estado.

b) Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven. Con la resolución 40/144 de 13 de diciembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas “*Consciente* de que, al mejorar las comunicaciones y establecerse relaciones de paz y amistad entre los países, cada vez hay más personas que viven en países de los que no son nacionales”<sup>29</sup>, proclamó esta Declaración para asegurar que los Derechos humanos fundamentales proporcionados en los pactos internacionales específicos también estarían garantizados para los no ciudadanos.

En particular, la Declaración establece los derechos de los extranjeros a la vida, intimidad, igualdad ante los tribunales, a elegir cónyuge, a casarse, a fundar una familia, a la libertad de pensamiento, a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones, a abandonar el país y el derecho a transferir al exterior sus ganancias, ahorros y otros bienes monetarios personales (art. 5). Asimismo, se deja claro que los extranjeros tienen el derecho a un ambiente de trabajo seguro y a igual remuneración sin distinciones de ningún género, garantizándose especialmente a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a aquellas de que disfruten los hombres, con igual salario por igual trabajo (art. 8).

## 2. *Tratados relativos a los Derechos Humanos*

### a) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

La Declaración Universal de 1948 no es legalmente obligatoria por sí misma, Sin embargo, ha establecido importantes principios y valores que

---

<sup>29</sup> Preámbulo de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven.



más tarde fueron contemplados en tratados legalmente obligatorios de la ONU. Las nuevas circunstancias políticas, económicas o sociales han tenido su reflejo en el catálogo de Derechos humanos, incorporándose progresivamente a los mismos derechos completamente alejados de los reconocidos inicialmente<sup>30</sup>. De esta forma, el 16 de diciembre de 1966 se elaboraron los Pactos que abordan de forma más amplia los derechos enumerados en aquélla y tienen como distintivo su carácter jurídicamente vinculante.

Se garantizan una serie de derechos aplicables a situaciones que son comúnmente experimentadas en un proceso de migración, por ejemplo, el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna (art 2 de ambos Pactos); la libertad de circulación de un país a otro sin limitaciones y la elección del lugar de su residencia, así como el derecho de una persona de regresar a su propio país (PIDCyP, arts. 12 y 13). Pues los factores que motivan el movimiento de una persona de su país de origen a menudo surgen a partir de violaciones o de la negación de derechos básicos, sean civiles, sociales, económicos u otros derechos humanos, o discriminación en su aplicación. Los “transmigrantes” o “migrantes de paso” también podrían ver afectados sus derechos durante el viaje o a la llegada al país de destino.

*b) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*

Esta Convención, aprobada el 21 de diciembre de 1965 (ICERD), promueve los principios universales de Derechos humanos, al considerar que todos los hombres tienen derecho a igual protección ante la ley contra todo tipo de discriminación racial y segregación, ofreciendo garantías que podrían ser relevantes para los migrantes. Sin embargo, el tratado se cuida de aclarar que éste no puede ser utilizado de ningún modo para afectar las normas internas de los Estados en materia de ciudadanía e inmigra-

---

<sup>30</sup> Arenas García, Rafael, en el artículo “El Derecho internacional privado (DIPr.) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, considera que últimamente, se ha venido reivindicando un Derecho fundamental al acceso a Internet, en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, (coord. por Francisco Javier Quel López, Juan José Álvarez Rubio) 2008, p. 75.

ción, en tanto no se establezcan discriminaciones en contra de ciertas nacionalidades.

Mediante el art. 5, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de una lista no exhaustiva de derechos<sup>31</sup>. La Convención no garantiza estos derechos como tales; más bien estipula que, en tanto estos derechos existan en el derecho nacional, deben de ser disfrutados sin discriminación.

*c) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*

La Convención de 18 de diciembre de 1979 (CEDAW) tiene como objetivo eliminar efectivamente todas las formas de discriminación contra la mujer, obligando a los Estados a reformar las leyes vigentes a tal fin. El art. 1 precisa que la expresión discriminación “denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

En tal sentido, prescribe las medidas que han de adoptarse para suprimir todas las formas de trata de mujeres, que es una forma amplia de migración internacional, para fines que signifiquen degradación de la dignidad humana como la explotación sexual (prostitución forzada) o laboral (trabajos peor remunerados o no regulados). También se relaciona con la creciente participación de las mujeres en los flujos migratorios y el grado al que éstas son a menudo discriminadas, tanto por el hecho de ser mujer como por ser inmigrante.

---

<sup>31</sup> Como consecuencia de haber otorgado jerarquía constitucional a la Convención, en Argentina se sancionó la ley 24.515/1995, por la cual se creó el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), cuya función es recibir y centralizar denuncias sobre actos discriminatorios, emitir una opinión o dictamen y proveer asesoramiento.

Singular importancia reviste el derecho a preservar la integridad de la familia, generalmente reconocido por instrumentos universales y regionales<sup>32</sup> en los casos en que ésta haya quedado separada por el motivo que fuere, a través de la figura de la reunificación familiar. Porque el derecho internacional relacionado con la unidad familiar, limita la autoridad del Estado de utilizar sus leyes nacionales para regular quién puede ingresar, permanecer, o abandonar su territorio. De esta forma, surge la responsabilidad de garantizar a la mujer la igualdad de condiciones con el hombre en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (art. 16).

*d) Convención sobre los Derechos del Niño*

La Convención de 20 de noviembre de 1989, es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante destinado a los menores de 18 años de edad que incorpora toda la gama de Derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. La prohibición contra toda forma de discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, del padre o de sus representantes legales, significa que cualesquiera beneficio que un Estado otorgue a los menores que sean sus nacionales, debe otorgarlos a todos los menores extranjeros con independencia de su situación de legalidad, incluyendo refugiados y otros migrantes.

El derecho de todo niño a preservar su identidad (art. 8), es decir, a tener un nombre, una nacionalidad y a conocer su procedencia, obliga a las autoridades de los Estados parte a utilizar todos los medios necesarios para que el menor extranjero sea reconocido por su “propio nombre, edad, nacionalidad, procedencia, origen, cultura, así como otros rasgos conformadores de su personalidad”<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Entre otros: art. 16 de la Declaración Universal de 1948; art. 10 del PIDESyC de 1966; art. 23 PIDCyP; arts. 9, 10, 22 de la CDN de 1989; art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950; y art. 16 de la Carta Social europea de 196 (revisada en 1996).

<sup>33</sup> Esteban de la Rosa, Gloria, “Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas”, Diario La Ley n° 5714, 7 de febrero de 2003, p. 4.

La afirmación consciente del derecho internacional sobre la necesidad de salvaguardar la unidad de la familia, implica imponer a los países ratificantes una obligación positiva de adoptar medidas destinadas a tal fin (vgr. establecer políticas públicas con un enfoque en los derechos de la niñez migrante). En esa línea apunta la Convención cuando consagra el principio de no-separación del niño de sus padres en contra de la voluntad de éstos, que los Estados Partes “garantizarán” (art. 9.1). Esta disposición establece el derecho del niño a la reunificación de la familia y es corroborada por el artículo siguiente, el cual dispone, además de otros postulados, que “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expedita” (Art.10. 1).

*e) Instrumentos regionales*

En el plano regional, se han adoptado otros instrumentos sobre Derechos humanos que ofrecen garantías similares y aplican a todas las personas dentro de la jurisdicción de las partes contratantes. Tienen como objetivo promover y proteger los Derechos humanos y libertades básicas tanto a ciudadanos como a no ciudadanos dentro de la respectiva región. Los tratados regionales incluyen, por ejemplo, la **Convención Europea sobre Derechos Humanos, y Libertades Fundamentales** de 4 de noviembre 1950, la **Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**, también conocida como la Carta de Banjul de 21 de octubre de 1986, la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** de 22 de noviembre de 1969 y el **Protocolo Adicional** a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de 1988, conocido como Protocolo de San Salvador<sup>34</sup> que operan en el marco de la OEA y el **Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los Derechos Humanos del Mercosur** de 19 de junio de 2005.

---

<sup>34</sup> Organización Internacional para las Migraciones (OIM), disponible en: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/migration-history/lang/es>

*f) Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*

Todas las naciones desarrolladas (y buena parte de los países en vías de desarrollo) restringen fuertemente la inmigración, justificando económicamente esta política en la competencia desleal que configuraría para los ciudadanos una mano de obra a bajos costes y la carga que representarían los inmigrantes a los servicios sociales de carácter público. La porosidad de las fronteras ha inspirado sentimientos antimigrantes, provocando el resurgimiento de la xenofobia y el racismo, lo cual conlleva discriminación y desigualdad de trato.

En este sentido, bien se ha expresado que “en un contexto internacional globalizado... es necesario pugnar por que se reconozca el compromiso de la comunidad internacional con la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias”<sup>35</sup>. Con el fin de humanizar su trato se aprobó la **Convención sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares** de 18 de diciembre de 1990<sup>36</sup>, pues enfatiza la conexión entre migración y derechos humanos. Ello no implica crear nuevos derechos para los migrantes, sino que busca garantizar el trato igualitario y las mismas condiciones laborales para migrantes y nacionales, así como reconocer el derecho de aquéllos a mantener contacto con su país de origen. En su preámbulo, reconoce la importancia y magnitud del fenómeno de las migraciones, la situación de vulnerabilidad del migrante y sus familiares, y la necesidad de protección internacional en este ámbito. Cabe mencionar que el texto convencional excluye ciertas categorías de inmigrantes, entre otros, la de refugiados y apátridas (art. 3).

Se ratifican las libertades básicas de los migrantes consagradas a lo largo de la historia por otros instrumentos internacionales, entre ellas, el

---

<sup>35</sup> Cfr. Castañeda, Jorge G., extraído de su exposición en el Día internacional del migrante (18 de diciembre de 2000) versión disponible en [www.sre.gob.mx/comunicados/prensa/dgcs/2000/dic](http://www.sre.gob.mx/comunicados/prensa/dgcs/2000/dic).

<sup>36</sup> Entró en vigor el 1º de julio de 2003, tras haber sido ratificada por un mínimo de 20 países en marzo de 2003; Argentina la ratificó el 23/02/2007. Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobó dos instrumentos relacionados con el tema, cuyo objetivo es la protección de trabajadores migrantes: Convenio 97 (1949) y Convenio 143 (1975).

derecho a libre entrada y salida de su Estado de origen; a la prohibición contra tratos degradantes; a no ser sometido a esclavitud y servidumbre; a la libertad de pensamiento, religión y culto. Al mismo tiempo confirma el derecho a la identidad cultural de los migrantes en los siguientes términos: “Los Estados parte velarán porque se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares y no impedirán que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen” (art. 31).

Las disposiciones establecen expresamente el derecho a la unidad y reunificación de la familia de los trabajadores migratorios. El término “familiares” tiene una definición amplia que incluye las uniones legales y las consensuales de conformidad con el derecho aplicable, así como los hijos resultantes de ellas y otras cargas legalmente reconocidas<sup>37</sup>. El trabajador migratorio es definido como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. Asimismo, abarca y define los derechos aplicables a determinadas categorías de trabajadores migrantes: trabajador fronterizo, trabajador de temporada, trabajador itinerante, trabajador vinculado a un proyecto, trabajador con empleo concreto, trabajador por cuenta propia.

Si bien no anima su presencia, la Convención extiende, también, su manto de protección a los migrantes indocumentados o que se encuentran en situación irregular, a quienes asegura que tengan acceso a los Derechos humanos fundamentales. El conjunto de derechos que enumera de orden civil, político, económico y cultural deben ser respetados sin distinción de ningún tipo. Además, estos derechos deben ser respetados y asegurados “de conformidad con los instrumentos aplicables relativos a derechos humanos”.

La Convención hace un llamado a los Estados parte a tomar medidas para erradicar movimientos clandestinos, esto es, dirigidas a eliminar el

---

<sup>37</sup> Según el art. 4, el término familiares se circunscribe a:

- Cónyuges de los trabajadores migratorios;
- Personas que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio;
- Hijos a su cargo;
- Otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

ingreso ilegal y el empleo ilegal de trabajadores migrantes, fundamentalmente a través de la lucha contra la información engañosa que pueda incitar a la gente emigrar irregularmente. Las medidas sugeridas incluyen la imposición de sanciones a traficantes y empleadores de migrantes indocumentados<sup>38</sup>. En tal sentido, promueve la cooperación entre los Estados para las diferentes acciones de políticas migratorias, lo cual adquiere particular relevancia en el proceso de integración regional mediante acuerdos formulados entre sus miembros (vgr. Acuerdo sobre residencia para nacionales del Mercosur).

Con relación a las previsiones relativas a la infancia, el Preámbulo hace mención expresa de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es por ello que, en cuanto a los derechos de niños e hijos de migrantes, la Convención de 1990 establece que “Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad” (art. 29).

A pesar que la mayoría de los migrantes viven en Australia, Europa y Norteamérica, estos países con alto nivel de migración no han ratificado la Convención, lo cual conspira contra su efectividad. “Sus numerosas disposiciones, que exigen un examen cuidadoso antes de su ratificación, y la inquietud de algunos Estados en el sentido de que su aplicación podría fomentar el ingreso de más personas en situación irregular, explicarían esta reticencia (CEPAL, 2002)”<sup>39</sup>.

El creciente reconocimiento internacional del nexo entre la migración y los Derechos humanos, se ha canalizado marcadamente a través del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes de las Naciones Unidas<sup>40</sup>. Este mandato fue creado en 1999 por la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 1999/44<sup>41</sup> y abar-

---

<sup>38</sup> Informe publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), noviembre de 2005, disponible en [www.unesco.org/shs](http://www.unesco.org/shs)

<sup>39</sup> América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo (CEPAL) Capítulo V- Los derechos humanos de los migrantes, p. 323.

<sup>40</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo lo propio en 1997, a partir de una resolución de la Asamblea General de la OEA.

<sup>41</sup> El mandato fue prorrogado por otros tres años por la Comisión de Derechos Humanos en 2005, en su 62° período de sesiones (resolución 2005/47). Por medio de

ca todos los países, independientemente de si un Estado ha ratificado la Convención de 1990. Los informes son de público conocimiento y describen tanto las vulneraciones de los derechos de las personas migrantes como las respuestas que ofrecen las autoridades nacionales.

Lo anteriormente expuesto, tiene como propósito señalar que la soberanía estatal en materia migratoria, se encuentra cada vez más acotada como resultado de los principios y salvaguardas que la comunidad internacional ha venido estableciendo para garantizar los Derechos humanos de los migrantes.

---

la resolución 8/10 del 10 de junio de 2008, el Consejo de Derechos Humanos reforzaría el mandato del Relator Especial y decidiría prorrogarlo por un período de tres años. Según la página oficial de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, las principales funciones del Relator Especial son:

a) Examinar los medios necesarios para superar los obstáculos a la protección plena y efectiva de los derechos humanos de los migrantes, reconociendo la especial vulnerabilidad de las mujeres, los niños y aquellos que no poseen documentos o se encuentran en una situación irregular;

b) Solicitar y recibir información de todas las fuentes pertinentes, incluidos los propios migrantes, sobre las violaciones de los derechos humanos de los migrantes y de sus familiares;

c) Formular recomendaciones apropiadas para impedir las violaciones de los derechos humanos de los migrantes y para remediarlas, dondequiera que se produzcan;

d) Promover la aplicación efectiva de la normativa internacional pertinente sobre la materia;

e) Recomendar actividades y medidas aplicables a escala nacional, regional e internacional, para eliminar las violaciones de los derechos humanos de los migrantes;

f) Tener en cuenta una perspectiva de género al solicitar y analizar la información, así como prestar atención a la incidencia de múltiples casos de discriminación y violencia contra las mujeres migrantes;

g) Hacer especial hincapié en las recomendaciones sobre soluciones prácticas con respecto a la realización de los derechos pertinentes al mandato, en particular definiendo prácticas óptimas y esferas y medios concretos de cooperación internacional;

h) Informar periódicamente al Consejo, con arreglo a su programa de trabajo anual, y a la Asamblea General, a petición del Consejo y de la Asamblea.



### III. Ubicación jerárquica de la normativa internacional de Derechos humanos en el orden jurídico interno

La Constitución Nacional argentina de 1994 especificó la relación jerárquica entre el derecho interno e internacional, al otorgar jerarquía constitucional a los tratados de Derechos humanos nominados en el art. 75, inc. 22 “en las condiciones de su vigencia”<sup>42</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación contribuye a aclarar dicho precepto, al entender que la expresión significa “tal como efectivamente rigen en el ámbito internacional”<sup>43</sup>. Va de suyo, que ello importa tener en cuenta el modo en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina, es decir, con el alcance de la obligación internacional derivada de las eventuales reservas y declaraciones interpretativas a las que el Estado se hubiere acogido, así como acorde a la interpretación de las cláusulas de las convenciones emanada de la jurisprudencia internacional<sup>44</sup>.

El inc. 22 establece además, que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Se introduce así una directriz interpretativa de nivel constitucional, en orden a alcanzar la armonización de las fuentes jurídicas mencionadas, sin que sea posible la contradicción de los tratados con las normas contenidas en el capítulo

---

<sup>42</sup>Los tratados mencionados son: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>43</sup> CSJN, 7 de abril de 1995, “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, ED, 163-161.

<sup>44</sup> Criterio seguido por la CSJN en el caso “Ekmekdjian, Miguel A v. Sofovich, Gerardo y otros”, 7 de agosto de 1992, al expresar “Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José...”, considerando 21 del voto de la mayoría, LL, 1992-C-543.

“Declaraciones, Derechos y Garantías” (arts. 1 a 35). Su simple inclusión en el texto “indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”<sup>45</sup>.

Al ratificar los instrumentos rectores de los derechos humanos, los Estados adquieren compromisos éticos para con la colectividad, lo cual reviste singular importancia para la protección de los inmigrantes, pues supone extender el respeto a los derechos y la dignidad de la persona a todos los habitantes del país, nacionales o extranjeros, por su sola condición humana.

Esta política se refleja en la Constitución Nacional que mantiene el Preámbulo del texto de 1853 que explícitamente extiende los derechos fundamentales a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, e incluso el artículo 25 establece:

“El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes”.

La integración como participación social se asegura cuando dispone que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles de los ciudadanos, sin obligación de naturalizarse (art. 20). Asimismo, los artículos 14 y 14 bis consagran claramente la protección de los derechos civiles, culturales y económicos-sociales a todos los habitantes de la Nación: “... conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...” (art. 14).

En esta nueva realidad de nuestro mundo globalizado, caracterizada por intensos flujos migratorios que han ido transformando las sociedades, resulta conveniente diferenciar y delimitar las nociones de sociedad

---

<sup>45</sup> CSJN, 27 de diciembre de 1996 “Chocobar, Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión para el Estado y Servicios Públicos s/Reajustes por movilidad”, con nota a fallo de Bulit Goñi, Luis G. “Chocobar: principios para un mejor futuro previsional”, LL, 1997-B-240. En su respectivo comentario titulado “Jurisdicción constitucional de los tribunales internacionales”, ED, 18/3/98, Barra, Rodolfo C., menciona también la sentencia de 26/12/96 “Monges, Analía c. Universidad de Buenos Aires”, ED, 173-272.

pluricultural y sociedad multicultural, así como definir el concepto de interculturalidad.

#### **IV. ¿Son términos sinónimos sociedad pluricultural y sociedad multicultural?; ¿Qué es una sociedad multicultural?; ¿Cuál es la diferencia entre multiculturalidad e interculturalidad?**

Para responder al primer interrogante, seguimos al profesor belga J.Y. Carlier en la delimitación de ambos conceptos. Así, sostiene que “la Europa pluricultural es ya aquella en la que se amalgaman, entre sus Estados miembros y en el seno de cada Estado, varias culturas antiguas y distintas”, de carácter religioso, lingüístico, nacional, étnico, etc. Mientras que la “Europa multicultural es también aquella que se encuentra y a veces se confronta con nuevas culturas nacidas de recientes migraciones exteriores. Testimonio de ello, la cultura musulmana”<sup>46</sup>.

Los movimientos migratorios internacionales, fueron gestando en los países de acogida “sociedades multiculturales”, es decir, sociedades caracterizadas por la convivencia de “diferentes modelos de vida, procedentes de multitud de países y cultura, y regidos por sistemas jurídicos diferentes”<sup>47</sup>. Dicho de otra forma, un rompecabezas de razas, multiplicidad de idiomas, abanico de religiones y culturas en un determinado ámbito o espacio territorial y social.

La multiculturalidad pone el acento en la cultura e historia propia, como un paso necesario para reclamar el reconocimiento activo de lo diferente. Esta idea del derecho a la diferencia se conecta con la política del reconocimiento -desarrollada especialmente por Charles Taylor- que afirma que existe una íntima y esencial relación entre nuestra identidad (la interpretación que hacemos de quiénes somos y cuáles son nuestras características fundamentales) y el reconocimiento (o ausencia de éste, o

---

<sup>46</sup> Carlier, Jean -Yves, “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Calvo Caravaca, A.L./Iriarte Ángel, J.L., ed. Colex, Madrid, pp 27-38, esp. p. 27.

un falso reconocimiento) que tenemos por parte de los demás, así también por nosotros mismos. Aboga por políticas permanentes a favor de las distinciones nacidas de la defensa de la propia identidad, mientras la política de la dignidad defiende la garantía de oportunidades en plano de igualdad. Sitúa el reconocimiento igualitario en el centro de los valores y virtudes de una sociedad democrática sana; su rechazo puede causar daño a quienes se les niega. No sólo el feminismo contemporáneo sino también las relaciones raciales y las discusiones del multiculturalismo se orientan por la premisa de que no dar este reconocimiento puede constituir una forma de opresión<sup>48</sup>. Lo primordial es que cada cultura pueda mantener su identidad dentro de un contexto plural y al mismo tiempo, se posibilite la convivencia entre todas.

Es también importante definir el concepto de interculturalidad que no puede confundirse con el término multiculturalidad que, se ha visto, subraya la identidad de cada cultura, los derechos de cada cual, el sistema jurídico de cada pueblo y ello conlleva acentuar la diversidad. De allí, que para la multiculturalidad la convivencia social surja del respeto y aceptación del otro. En tanto que la aportación específica de la perspectiva intercultural está en el “énfasis en el terreno de la interacción entre los sujetos o entidades culturalmente diferenciados”. Su preocupación es abordar la relación entre las culturas, buscando las convergencias sobre las cuales establecer vínculos y puntos en común. El núcleo de este planteamiento radica en el aprendizaje mutuo, la cooperación, el intercambio, la convivencia entre diferentes<sup>49</sup>.

Así, se ha expresado que “en las sociedades multiculturales es necesario un proceso social de interacción entre la población autóctona y extranjera (concretamente, inmigrante) y de construcción de su propia identidad, proceso que pasa por un diálogo con los otros, atendiendo a sus

---

<sup>47</sup> Carrascosa González, J.: “Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. N° 21., año 2003., pp. 109/143.

<sup>48</sup> Taylor, Charles, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 43- 45, 52, 55, 58-59.

<sup>49</sup> Giménez Romero, Carlos, “Pluralismo. Multiculturalismo e interculturalidad”. Propuesta de clarificación y apuntes educativos. Disponible en: [dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=2044239](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2044239)

semejanzas y diferencias, a fin de conseguir una verdadera convivencia plural y que la sociedad de acogida establezca como paradigma la integración social de la población inmigrante. Se trata de un proceso bidireccional o multidireccional en el sentido de que el inmigrante no sólo debe asumir las pautas establecidas en la sociedad de destino, sino también ésta ha de adaptarse a las formas de vida de las personas que viven en su seno, lo que requiere un proceso de interacción (mutua) entre formas de vida y costumbres distintas, teniendo en cuenta que en las sociedades de origen los inmigrantes o extranjeros han sido socializados de acuerdo a unas directrices o culturas diferentes. Por tanto, se requiere un compromiso o implicación por parte de la sociedad civil que tienda a favorecer dicha integración social<sup>50</sup>. Es decir, se plantea la necesidad de fortalecer la integración social de los inmigrantes, la cual debe alentarse sin perder de vista la preservación de la diversidad cultural, histórica, étnica y religiosa de aquellos. De acuerdo con lo que acabamos de ver, la inmigración presenta nuevos ámbitos de problemas que requieren una atención multidisciplinaria, atento la complejidad y dimensión que ellos presentan.

## V. Reflexión final

La multiculturalidad es una realidad en muchos países hace ya largos años y designa la coexistencia de diferentes modelos de vida, culturas, etnias o religiones en los países de destino. Para lograr la integración social de las personas que viven en contacto con más de un país y un ordenamiento jurídico, esto es, la convivencia pacífica entre la población autóctona y extranjera que residen de forma habitual en un mismo territorio, será fundamental la cooperación entre los países a nivel bilateral, regional y multilateral, a fin de encarar fenómenos de alcance mundial como la migración internacional. Al ratificar los tratados, los Estados ad-

---

<sup>50</sup> Mulero García, Juan Simón, "Integración social, derecho a la diferencia y relaciones jurídico-privadas internacionales", Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, publicado el 16/12/2011, p. 157.

quieren el compromiso de “respetar, proteger y garantizar los derechos humanos: respetar significa no interferir de modo alguno en la capacidad de las personas de ejercer sus derechos, proteger consiste en administrar medidas contra los violadores de derechos y garantizar<sup>51</sup> implica emprender acciones legislativas, presupuestarias y judiciales para el ejercicio cabal de los derechos”<sup>52</sup>.

El encuadre de los principios de igualdad y no discriminación como normas imperativas y, en consecuencia, de obligatorio cumplimiento para los Estados ha sido difundida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha sostenido que “El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares”<sup>53</sup>. De esta forma, se limitan las distinciones que

---

<sup>51</sup> Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del Art. 1.1 de la Convención (opinión consultiva N° 11/90 del 10/8/90 – “excepciones al agotamiento de los recursos internos”, párr. 34). Garantizar comprende, asimismo, “el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (id., parágrafo 23).”

<sup>52</sup> Migración internacional, derechos humanos y desarrollo. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Documento preparado por el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la CEPAL, para la reunión del Comité Especial sobre Población y Desarrollo del XXXI período de sesiones de la CEPAL del 2006. Capítulo V. Los derechos humanos de las personas migrantes, p. 286.

<sup>53</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva número 18 de 17 de septiembre de 2003, p. 129.

por vía legislativa o reglamentaria el Estado puede hacer entre sus ciudadanos y los inmigrantes dentro de su territorio.

No obstante, en el proceso de integración en las sociedades de acogida afloran los conflictos que se traducen en el rechazo, la xenofobia y la estigmatización de los sujetos migrantes. Estos actos de intolerancia, alimentados por la recesión y el desempleo, han llevado a un incremento de las hostilidades que amenazan la dignidad y los derechos humanos fundamentales de las personas involucradas en la migración. Mientras rigen los instrumentos jurídicos específicos para su protección, las tensiones culturales y las actitudes negativas arrojan sombras sobre el presente.

Por ese motivo, la UNESCO hizo un llamado al mundo mediante la Declaración de Principios sobre la Tolerancia, proclamada y firmada por los Estados miembros el 16 de noviembre de 1995<sup>54</sup>. El documento tiene por objeto fundamental desterrar las intolerancias modernas como la violencia, el terrorismo, la xenofobia, el nacionalismo agresivo, el racismo, el antisemitismo, la exclusión, la marginación y discriminación perpetrados contra minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, refugiados, trabajadores migrantes, inmigrantes y grupos vulnerables de la sociedad, etc.

La Declaración afirma que la tolerancia no es lo mismo que concesión, condescendencia o indulgencia. Es el reconocimiento de la gran variedad de culturas en el mundo, de las formas de expresión y de las maneras de “ser humanos”. La tolerancia es el respeto de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás. La gente es naturalmente diversa, sólo la tolerancia puede asegurar la supervivencia de comunidades heterogéneas en cada región del mundo. Describe la tolerancia no sólo como un deber moral, sino como un requerimiento legal y político de los individuos, grupos y Estados. La sitúa en el marco del derecho internacional sobre derechos humanos, elaborados en los últimos cincuenta años y pide a los Estados que legislen para proteger la igualdad de oportunidades de todos los grupos e individuos de la sociedad<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Aprobada por la Conferencia General de la U N E S C O en su 28a reunión llevada a cabo en París.

<sup>55</sup> Cfr. sitio oficial relativo al Día Internacional para la Tolerancia de las Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/es/events/toleranceday/background.shtml>

Se considera que la tolerancia tiene varios niveles que van desde la aceptación resignada de la diferencia para mantener la paz, hasta la actitud de adhesión y admisión entusiasta por la diferencia<sup>56</sup>. Este último estadio podría ayudar a mitigar los efectos nocivos de la intolerancia y hacer posible la convivencia pacífica - no sólo la coexistencia- entre grupos humanos con diferentes historias, culturas e identidades<sup>57</sup>. No es posible hablar de la integración social de los inmigrados si no se tienen garantizados los derechos inherentes a todos los seres humanos.

Siguiendo las directrices de la Declaración, una sociedad sustentada en los principios de la tolerancia debería tratar a quienes la integran con igual consideración y respeto, así como establecer las normas de convivencia que faciliten el entendimiento mutuo, porque “La tolerancia hace posible la diferencia; la diferencia hace necesaria la tolerancia”<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Los otros niveles de la tolerancia son: estado de indiferencia, estoicismo moral y curiosidad que coinciden con los cinco modelos históricos de WALZER, Michael, en el *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 25-26.

<sup>57</sup> Tejeda González, José Luis, “La política de la tolerancia”, *Política y cultura*, n° 21, México, 2004, pp. 21/35.

<sup>58</sup> Walzer, Michael, *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, ob. cit., p. 13.



# LA COOPERACIÓN Y AUXILIO PROCESAL INTERNACIONALES: PRINCIPIOS E INSTITUTOS A INCLUIR EN UNA LEGISLACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL UNIFORME DE FUENTE INTERNA

María Elsa UZAL

## I. Introducción

Es conocido el hecho de que los operadores jurídicos, las partes, los legisladores, los jueces, en fin, los intérpretes del derecho, se topan con importantes dificultades ante las problemáticas que acarrea caso *iusprivatista* multinacional, tanto para pensar el contexto jurisdiccional en el que tal caso debe plantearse, como para hacer una prospectiva de la solución que el problema planteado obtendría, según la jurisdicción en que se articule el proceso. Finalmente, ante una eventual sentencia a dictarse cabe concluir la apreciación “en block” del caso y meditar sobre la eficacia de esa sentencia si es que debe ser ejecutada, total o parcialmente, en el territorio de un Estado diferente al Estado del tribunal sentenciante.

Es que, los casos multinacionales obligan a una lógica del razonamiento distinta a la que se desarrolla, generalmente, frente al ordenamiento material propio ya que imponen, conectar distintos ordenamientos jurídicos, valerse de un pluralismo metodológico, emplear normas con estructuras propias y diferentes de las de los sistemas domésticos (normas de conflicto o normas indirectas; normas internacionalmente imperativas o normas de policía, entre otras) e institutos autónomos (vg. el reenvío), todo lo cual exige una actitud particular. Por ejemplo, el juez debe asumir, primero, la decisión de atribuirse jurisdicción en un caso con elementos internacionales, luego, el esfuerzo de la interpretación y de la argumen-

ción para solucionarlo y, eventualmente, adoptar criterio frente a pedidos de cooperación o de auxilio procesal o de reconocimiento y/o de ejecución de decisiones extranjeras de jueces o árbitros que han de afectar intereses de particulares justiciables residentes en el propio Estado.

En función de esas premisas, es misión de los operadores jurídicos, en particular de legisladores, jueces y doctrinarios analizar detenidamente los criterios sustentados en las soluciones y tradición jurídica propios y en la legislación comparada, a fin de brindar a la comunidad principios de conducta e instrumentos legales, objetivos, útiles y sobre todo, eficientes, que actúen como superadores eficaces del aislamiento y del fraccionamiento propios de la perspectiva interna o doméstica, para emprender, con el mayor fruto, el debido tratamiento de los casos de esta naturaleza.

En este cometido, la conducta a sugerir debe centrar el foco de examen y decisión, en dos factores, igualmente relevantes: el esclarecimiento de los principios que deben gobernar la *jurisdicción internacional*, proponiendo definiciones sobre criterios atributivos de jurisdicción y otros institutos fundamentales donde se fijen directivas esenciales para proveer a la cooperación y auxilio judicial internacionales, por un lado y por el otro, facilitando la *aplicación del sistema jurídico iusprivatista internacional* al operador jurídico y a los magistrados, respetando su carácter de sistema normativo dentro del orden jurídico que integra.

Hemos de centrar nuestra ponencia en esta oportunidad, sobre el primer problema: la jurisdicción internacional y dentro de ella, sobre la necesidad de ***esclarecer algunos principios que deben priorizarse para lograr una cooperación y auxilio jurisdiccional internacional efectivos***, superadores del estigma que representan aislamientos y fraccionamientos.

En materia de D.I.Pr. y de derecho procesal internacional, a diferencia de otras disciplinas, muchas veces conviene que ciertos principios y ciertas pautas de razonamiento sean enumerados legislativamente, si es que de ellos se ha de extraer una manda sobre la conducta que debe observar el intérprete y, en particular, resulta importante aportar ***una precisión sobre cuáles son los institutos que es necesario consagrar legislativamente para favorecer esos objetivos***.

Es que, entendemos, que desde los ámbitos científicos, deben surgir propuestas concretas que guíen a legisladores, jueces y juristas en estas cuestiones. Cabe recordar que campea en estas soluciones, la idea de

que las normas propias de la jurisdicción internacional son de naturaleza federal –tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– pues delimitan el ámbito del ejercicio de la soberanía jurisdiccional del propio Estado frente a la jurisdicción de Estados extranjeros.<sup>1</sup>

Cabe remarcar, en esta línea pues, que junto a la enunciación de criterios generales y especiales de atribución de jurisdicción, debe destacarse la necesidad de crear una conciencia cierta acerca de la importancia que reviste la *cooperación internacional* para favorecer, a través del juego y de la vivencia armónica de los principios de independencia e interdependencia jurisdiccional, el logro de la uniformidad y la integralidad en las solución de los casos *iusprivatistas* multinacionales y evitar la posibilidad de una denegación internacional de justicia, procurando la realización de los fines propios del D.I.Pr.

## II. Los principios e institutos a consagrar legislativamente en el derecho procesal internacional de fuente interna

He aquí pues, el aporte de algunas pautas para la precisión sobre cuáles podrían ser *los principios e institutos que, que deberían contemplarse legislativamente, a nivel de derecho procesal internacional de fuente interna*, a los fines enunciados, en algún caso *de lege lata* y en otros *de lege ferenda*.

1) Pautas sobre la aplicación de las fuentes de jurisdicción y su prelación normativa.

Si bien puede entenderse innecesario reiterar criterios que el intérprete especializado en el manejo de las fuentes deduce con facilidad del juego de los principios generales y de aquéllos que se encuentran expresamente previstos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (art. 27 y cctes.), de la que la Argentina es parte, se advierte sin embargo de gran utilidad, guiar al operador con certezas en este

---

<sup>1</sup> Uzal, María Elsa, “Algunas reflexiones sobre temas de derecho procesal internacional” LL-1988-E-1077.

camino. En esa línea, no resultará ociosa la inclusión de una norma que recuerde, por ejemplo:

*“que la jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación”* (véase, en este sentido, el texto del artículo 2601 del Proyecto de Reformas del Código Civil de 2012).-

### **2) Reglas que consagren el principio del “Foro de necesidad”.**

Esto es, prever como principio general, que aunque las reglas del propio ordenamiento no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos podrán intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación internacional de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de una demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, siempre que con esa intervención se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz (véase: art.2602 del Proyecto de Reformas del Código Civil de 2012).

Este principio viene ínsito en nuestro ordenamiento y puede inferírsele, consagrado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, cuando sentó el criterio según el cual, le incumbía intervenir, aún cuando no estuviese caracterizada una típica cuestión de competencia, si se llegaba a producir una efectiva denegación de justicia, ya por la declaración de incompetencia de los jueces a los que se sometieran las controversias, ya para controlar la garantía de defensa en juicio.

El Alto Tribunal extrajo la *ratio legis* de las previsiones del art. 24 inc. 7º, Dec. Ley 1285/58 y de la interpretación extensiva del art. 9 de la ley 4055, cuando alude a “otros conflictos insolubles entre jueces” (véanse: *Fallos*, 246-87; 178-304; 188-71; 201-483; 204-653; 193-135; 153-55; 162-171; 179-202; 181-137, entre otros).

### **3) Reglas que consagren las pautas para el dictado de medidas provisionales y cautelares.**

Nuestro país es parte de convenciones generales (*Tratados de Derecho Procesal de Montevideo 1889 y 1940*, arts.10 y 12 a 14, 19 y 24 respectivamente) y otras, específicas, en materia de medidas cautelares que consagran de esta forma la cooperación en la fuente internacional (vg: *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas*

*Cautelares*, CIDIP II Montevideo 1979; *Protocolo de Medidas Cautelares*. Ouro Preto, 1994 ).

En general, puede señalarse que la ley aplicable a la procedencia de las medidas cautelares se rige por la ley del lugar donde tramita el proceso, pero la ejecución de las mismas, así como las contra-cautelares o garantías son decididas por los jueces del país al que se solicite el cumplimiento de la medida pretendida, según la ley de ese lugar. Ese tribunal también suele hacer mérito provisional de la competencia en la esfera internacional del juez que dictó la cautelar, aunque se entiende que la cooperación cautelar no implica el compromiso de reconocer y ejecutar la sentencia extranjera que se hubiere dictado en ese país – principio de autonomía de la cooperación cautelar- (véanse: arts. 2, 3 y 6 de la *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares* . CIDIP II, Montevideo 1979 y art. 2 d) de la *Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros* CIDIP II, Montevideo 1979; art.4, 5, 6, 7, 10 del *Protocolo de Medidas Cautelares*. Ouro Preto, 1994).

Sin perjuicio de las convenciones internacionales vigentes en la materia, en el derecho procesal internacional de fuente interna también deben introducirse disposiciones precisas, que indiquen al juzgador cómo proceder ante una solicitud de medidas cautelares en un proceso internacional. Ello, a fin de establecer de qué modo ha de brindarse, adecuadamente, la cooperación internacional en esta materia y cuándo son competentes nuestros tribunales para decretar medidas provisionales y cautelares, en defecto de tratados o convenciones internacionales vigentes para el caso.

En este sentido resultan acertadas las fórmulas propuestas en el Proyecto de Reformas del Código Civil de 2012 que prevén la competencia de los jueces argentinos:

- a) cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República;
- b) a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal;
- c) cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina (véase: art. 2603 del Proyecto de Reformas del Código Civil).-

#### **4) Reglas que consagren las pautas para el tratamiento de la Litispendencia.**

Si una causa está pendiente simultáneamente ante un tribunal extranjero y un tribunal argentino, podría intentarse plantear al tribunal argentino que decline su jurisdicción o, también, podría pretenderse que sea el tribunal extranjero el que se inhíba de seguir entendiendo (*lis alibi pendens*). Incluso, los tribunales argentinos podrían intentar impedir que una parte, sobre la que tienen jurisdicción personal, promueva o continúe procedimientos ante un tribunal extranjero, o bien, plantearse ordenar que no se inicien procedimientos ante un tribunal extranjero en incumplimiento de una prórroga de jurisdicción ante tribunales argentinos o arbitrales, en una suerte de “medida cautelar de no litigar” (*anti-suit injunction*)<sup>2</sup> -, sin embargo, todo ello exigiría, necesariamente, la aceptación de pautas comunes de cooperación internacional en ese área de actividades que la hicieran posible o, al menos, poseer reglas que, en el ámbito del propio Estado, contemplen el problema.

Es que, los casos de litispendencia en cuestiones internacionales suelen tener un tratamiento muy imperfecto y poco satisfactorio, dada la falta de reglas convencionales eficaces y la ausencia de previsiones en la fuente interna en el punto.

En efecto, ante la ausencia de superiores tribunales comunes que, a nivel internacional, puedan dirimir conflictos positivos o negativos de competencia entre jueces de distintos países, por lo general, estos conflictos permanecen irresueltos, admitiéndose que los trámites simultáneos sigan su curso, esto deja a las partes a merced de la efectividad que pueda lograr la sentencia que se dicte, dentro del país en el que ha sido pronunciada si es que allí puede ser ejecutada, mas, si debe procurarse la ejecución en el extranjero cabrá, en todo caso, plantear el previo reconocimiento y exponerse a recibir la invocación de un proceso foráneo con la oposición de una excepción de litispendencia, como obstáculo ante el progreso de la ejecución, durante el trámite de *exequatur*.

En el ámbito del Mercosur, en el *Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Admi-*

---

<sup>2</sup> Boggiano Antonio, “Derecho Internacional Privado”, T. I, Ed. Lexis Nexis, 5°ed. , 2006, pág.282/3.

*nistrativa de Las Leñas, en los arts. 19, 20 y 22, se contempla que la solicitud de reconocimiento y ejecución de sentencias y de laudos arbitrales por parte de las autoridades jurisdiccionales tramitará por vía de exhortos y por intermedio de la Autoridad Central y que tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes, si reúnen las ciertas condiciones allí previstas, pero que cuando exista una sentencia o un laudo arbitral entre las mismas partes, fundada en los mismos hechos y que tuviere el mismo objeto que el de otro proceso jurisdiccional o arbitral en trámite ante el Estado requerido, el reconocimiento y ejecutoriedad dependerán de que la decisión no sea incompatible con otro pronunciamiento anterior o simultáneo recaído en tal proceso en el Estado extranjero al que se recurre con el requerimiento.*

Asimismo, el mismo Protocolo de Las Leñas establece que no se reconocerá ni se procederá a la ejecución, cuando se hubiere iniciado un procedimiento entre las mismas partes, fundado en los mismos hechos y sobre el mismo objeto, ante cualquier autoridad jurisdiccional de la Parte requerida, *con anterioridad a la presentación de la demanda ante la autoridad jurisdiccional que hubiere pronunciado la resolución de la que se solicite el reconocimiento.*

De modo parecido pero menos preciso, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su art. 517 prevé, hoy en día, que la sentencia dictada por tribunales extranjeros tendrá fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provenga y que, cuando no hubiese tratados, será ejecutable si concurren ciertos requisitos, entre los cuales, en el inc. 5, se contempla que la sentencia *no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino.*

Esta fórmula, sin embargo, debería ser perfeccionada con una fórmula de cooperación más depurada y con tratamiento más actual, *que prevea la posibilidad de suspensión de procedimientos para evitar inútiles dispendios de actividad jurisdiccional.* Así se ha previsto, en el Proyecto de Reformas al Código Civil de 2012 considerando, por ejemplo, que:

*Cuando una acción que tiene el mismo objeto y la misma causa se ha iniciado previamente y está pendiente entre las mismas partes en el extranjero, los jueces argentinos deben suspender el juicio en trámite en el país, si es previsible que la decisión extranjera puede*

*ser objeto de reconocimiento. El proceso suspendido puede continuar en la República si el juez extranjero declina su propia competencia o si el proceso extranjero se extingue sin que medie resolución sobre el fondo del asunto o, en el supuesto en que habiéndose dictado sentencia en el extranjero, ésta no sea susceptible de reconocimiento en nuestro país (véase: art. 2604 del Proyecto de Reformas del Código Civil de 2012).*

**5) Reglas que consagren las pautas para Acuerdo de elección de foro.**

Esto es, establecer normativamente, de manera acabada, el principio de que en materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

Esta solución encontró clara previsión normativa entre nosotros desde la sanción de la ley 17.454 –ley convenio– que estableció el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en su art. 1° contempló la prórroga de jurisdicción para casos patrimoniales, mas sólo entre jueces dentro de la República, esto es con alcance interno- y se hizo extensiva por adhesión a esta ley, de un buen número de provincias argentinas<sup>3</sup>. Fue sólo luego de la reforma introducida a este artículo en la ley 21.305 que se extendió esta posibilidad también a la prórroga a favor de jueces o árbitros fuera de la República, con lo cual admitía esta solución, incluso, para desplazar jurisdicción de jueces patrios también en casos patrimoniales absolutamente internos, esto mereció críticas de parte de quienes sostuvieron que la solución importaba una indebida declinación de soberanía jurisdiccional en asuntos que debían considerarse propios.

Finalmente, se terminó revisando ese amplio criterio, con la posterior reforma introducida en esta misma norma por la ley 22.434, que mantuvo el principio de admisibilidad de la prórroga, pero con la posibilidad de extender la jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, sólo en casos patrimoniales, cuando el asunto fuera internacional, ésa es la fór-

---

<sup>3</sup> Véase en Highton E-Areán B., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Uzal María Elsa, Soluciones jurisdiccionales en el ámbito internacional. Ed.Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pág. 183 y sig.



mula actual, que estimamos que debe ser consagrada en una solución legal dictada por el Congreso de la Nación, en una legislación de fondo, con alcance nacional. Esto es así puesto que se trata de un instituto que determina el ámbito de la soberanía jurisdiccional de nuestros tribunales frente a otros tribunales extranjeros, lo cual ha de considerarse facultad no retenida por las Provincias (art. 5 CN), sino delegada por el Pueblo y concedida al Congreso de la Nación, en el marco del art. 75, inc. 15 CN. Allí, se le otorga al Congreso el poder para arreglar, definitivamente, los límites del territorio de la Nación y también, en los términos del inc.32, implícitamente, cuando se le conceden aquellos poderes necesarios para elaborar todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio las facultades antecedentes expresamente delegadas y todos los otros poderes concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación Argentina, para ello se le otorgan esas facultades legislativas<sup>4</sup>.

Por otro lado, también de este modo, se evitan las responsabilidades internacionales que, eventualmente, pudieran derivarse de un disímil tratamiento del mismo caso, entre provincias (*forum shopping* entre provincias).

Es posible pensar que a través de una ley convenio podría darse a este problema una solución común, de fuente interna, sin ceder la competencia legislativa de las provincias, pero este recurso ya demostró su fracaso, a poco que se repare en que la ley 17.454 fue una ley-convenio y en las deficiencias mostradas cuando, al modificarse luego, las provincias no acompañaron la adopción de esos cambios con similares modificaciones la fórmula local de sus leyes de procedimiento y se quebró así la uniformidad buscada.<sup>5</sup>

Entre las ventajas que reporta la admisibilidad de acuerdos de esta índole, se han destacado: la equidad de la elección, la conveniencia de elección de un tribunal neutral, la certeza de la jurisdicción internacional competente, la prevención del *forum shopping*, la prevención de la

---

<sup>4</sup> Uzal María Elsa, "Algunas reflexiones sobre temas de derecho procesal internacional" LL-1988-E-1077.

<sup>5</sup> Véase en Highton E-Areán B: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Uzal María Elsa, Soluciones jurisdiccionales en el ámbito internacional. Ed.Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pág. 183 y sig.

litispendencia y del dictado de sentencias contradictorias, la identificación de la *lex fori* y de la *lex causae* (derecho de fondo), la unidad concreta para la solución de la controversia internacional, la efectividad de la eventual ejecución mediante la creación de un foro de patrimonio acordado, la promoción del comercio internacional.<sup>6</sup>

La previsión legal, por lo demás, también debería precisar el *carácter exclusivo de la elección del foro* señalado por las partes, *excepto que ellas decidan expresamente lo contrario*, acompañando así la tendencia de las fuentes internacionales y de buena parte de la jurisprudencia nacional en la materia.

De la misma forma, debería consagrarse que la *prórroga puede ser expresa o tácita* (véase arts 1 y 2 CPCCN y arts.2605 a 2607 del Proyecto de Reformas del Código Civil de 2012).

No sería desdeñable tampoco, introducir previsiones relativas al tiempo del acuerdo (disponiendo, por ejemplo, que éste puede ser realizado tanto “*ante litem natam*” como “*post litem natam*”) o al derecho aplicable a la validez de la cláusula de prórroga, cuestión hoy librada al intérprete y que se confronta, en primer término, sin duda, con el derecho del tribunal prorrogado en la materia, pero no debería desentenderse tal condición de la suerte de la validez del acuerdo, conforme al derecho del tribunal desplazado, en particular, si la sentencia debiese ejecutarse en ese lugar.

Estas pautas, si bien corresponden a las normas de atribución de jurisdicción, por su naturaleza, colaboran y cooperan para lograr certeza en el ejercicio de la jurisdicción internacional, por lo que si no se situasen propiamente dentro del núcleo duro de los problemas de cooperación en sentido estricto, sin duda hallan cabida dentro de la periferia indistinta de los institutos coadyuvantes en la tarea de la plena y más completa cooperación e integración internacionales.

**6) Reglas que consagren pautas para fijar criterios generales y especiales de atribución de jurisdicción, debiendo remarcarse la importancia de establecer como criterio general de atribución de jurisdicción el Domicilio o Residencia habitual del demandado para las acciones personales, excepto disposición particular.**

---

<sup>6</sup> Boggiano, Antonio, Derecho Internacional Privado , T.I, pág.228 y sigtes.

Estimamos que los mismos argumentos que hemos desarrollado en el punto anterior, sobre la naturaleza de estas normas, a los que nos remitimos, fundan la legitimación y conveniencia, no sólo para incluir disposiciones con carácter general, de esta naturaleza, en la legislación de fondo sino para contemplar, del mismo modo, normas atributivas de jurisdicción especiales, que acompañen el tratamiento de los diversos institutos y soluciones previstos para resolver los problemas especiales de fondo, en el D.I.Pr., tal como lo hace el Proyecto de Reformas del Código Civil del 2012.

Las fórmulas legales a emplear en las disposiciones especiales que se incluyan en los diferentes temas, con este fin deben redactarse con un *criterio de bilateralidad*, pues cumplen con el doble propósito de servir, tanto para la dirimir las pautas con las que ha de determinarse la competencia de los tribunales propios (*jurisdicción directa*), como los criterios generales que han de ser utilizadas para apreciar la competencia de los tribunales extranjeros que han dictado la sentencia, cuando sea el tiempo de su reconocimiento, ya involucrado, ya por vía de *exequatur* (*jurisdicción indirecta*) -confr. art. 517 y 519 CPCCN y véase: arts.2608 del Proyecto de reformas del Código Civil de 2012).

**7) Reglas que consagren las pautas para fijar criterios generales de Jurisdicción exclusiva para los jueces argentinos.**

En la misma línea de los dos puntos anteriores, resultaría de suma utilidad, que sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, una disposición general consagre ciertas pautas para fijar criterios generales de Jurisdicción exclusiva para los jueces argentinos.

En esta línea de ideas, el art.2609 del Proyecto de Reformas del Código Civil 2012, que aplica con criterio general la exclusividad de la jurisdicción para el caso de inmuebles situados en Argentina o de inscripciones en registros públicos argentinos, registros locales de patentes, marcas, propiedad intelectual e industrial, siguiendo los consensos generales de nuestra doctrina y jurisprudencia.

**8) Reglas que consagren las pautas para fijar criterios generales sobre igualdad de trato.**

Las reglas de igualdad de trato ante la ley sin distinción ni acepción de personas, raza, color o *status* es un precepto de arraigo constitucional en nuestro país, así lo consagra el art. 16 de la CN y ello se debería traducir en lo que aquí interesa en el pleno reconocimiento del derecho de acceso a justicia.

Convencionalmente, la idea aparece consagrada en el Protocolo de Las Leñas, del que nuestro país es parte, en su Cap.III, dedicado a la *Igualdad de trato procesal*.

Así se dispone, que los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte y del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses y que ello se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes (art.3). También se establece que ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte, regla aplicable también a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes (art.4).

También Argentina ha adherido a la Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil de 1954 (ley 23.502), que en su art. 17, consagra la eximición de toda *cautio iudicatum solvi*, en consecuencia, no podrá ser impuesta a los nacionales de uno de los Estados contratantes que tengan su domicilio en uno de dichos Estados y que sean demandantes o partes, ninguna caución o depósito por su condición de extranjero o por falta de domicilio o de residencia en el país, por los tribunales de otro de estos Estados.

Asimismo, la misma regla se aplicará al pago exigible a los demandantes o a las partes intervinientes para garantizar las costas judiciales. Se establece, también, que continuarán aplicándose los convenios por los cuales los Estados contratantes hayan estipulado para sus nacionales la dispensa de la *cautio iudicatum solvi* o del pago de las costas judiciales sin la condición del domicilio.

De otro lado, se establece que las condenas en costas y gastos de proceso, dictadas en uno de los Estados contratantes contra el demandante o la parte interviniente dispensada de la caución, el depósito o el pago, en virtud del artículo 17, o en virtud de la legislación del Estado en el cual la acción haya sido entablada, se convertirán gratuitamente en ejecutorias por la autoridad competente en cada uno de los demás Estados contratantes, previa solicitud realizada por vía diplomática.

La misma regla se aplicará a las decisiones judiciales mediante las cuales se fije con posterioridad el importe de las costas procesales (art. 18).

El art. 19, por su lado, dispone que las decisiones sobre costas y gastos serán declaradas ejecutorias sin que sean oídas las partes, quedando a salvo el ulterior recurso de la parte condenada, de conformidad con la legislación del país donde se pretende la ejecución.

Estos artículos han sido reemplazados por el Convenio de La Haya para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia (hecho el 25 de octubre de 1980, entrado en vigor el 1º de marzo de 1988), que profundiza el nivel de cooperación entre los países parte del mismo, sin embargo, Argentina no ha ratificado este instrumento aún.

También debería contemplarse el beneficio de pobreza, pudiendo adoptarse la regla según la cual, se regulará por las leyes del Estado requerido, cuando vaya a ser competente en la acción a promover o en el trámite de la diligencia de que se trate (confr. art. 7 de la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero. CIDIP I, Panamá 1975).

El Proyecto de Reformas del Código Civil de 2012 consagra, en esta misma línea, *que los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina y que ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede serles impuesto, en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado.* Así también se prevé que, la igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero (véase: art.2610).

Hoy en día las modernas tendencias apuntan hacia la superación de estas exigencias, de ahí que se haya dicho que si en el país extranjero donde se domicilia el actor hay procedimientos que garanticen una rápida ejecución de las costas habría que interpretar restrictivamente el *arraigo* contemplado todavía hoy, en nuestro art. 348 CPCCN.

Esta norma contempla como excepción previa, la excepción del *arraigo* por las responsabilidades inherentes a la demanda si el demandante no tuviere domicilio ni bienes inmuebles en la República. Sin embargo, en la línea flexibilizadora que es la tendencia cooperante más moderna a nivel internacional, se entiende que debería conferirse o reconocerse al juez la facultad de imponer o no, la caución según las circunstancias del caso y con el criterio de una medida cautelar y que tampoco debería imponerse

una caución cuando el actor se vio precisado a demandar ante nuestros tribunales, ya sea por una prórroga de jurisdicción previamente acordada, sea porque el único foro competente es el argentino puesto que, en estos casos, el actor se ve compelido a ocurrir ante los jueces argentinos por un motivo determinado.<sup>7</sup>

**9) Reglas que consagren las pautas para fijar la obligación de acceder a la Cooperación jurisdiccional.**

Argentina es parte de un considerable número de tratados y convenciones internacionales que prevén diversas formas de cooperación internacional en el ámbito procesal.

Sin embargo, en defecto de fuentes internacionales, resulta necesario consagrar una pauta general, que ponga en valor, con carácter normativo, la obligación de prestar auxilio procesal internacional y favorecer el más amplio conocimiento de las posibilidades que existen al respeto y la convicción de la obligación de disponerse a prestar, de modo efectivo, esa necesaria asistencia.

Es así como el Proyecto de Reformas al Código Civil, de 2012 consagra como principio que, *sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral.* (véase: art. 2611 del Proyecto de reformas del Código Civil).

Ello obliga a tener presentes los principios y prácticas en materia de cooperación internacional en los que tanto se ha trabajado desde fines del siglo XIX, a fin de ajustar los mecanismos que se han ido elaborando convencionalmente para desenvolverlos de modo acorde a las exigencias de un Estado de Derecho y del necesario respeto que, con ajuste a los principios de independencia e interdependencia, es propio de sociedades internacionalizadas también en la órbita de los requerimientos que deben ser atendidos desde el derecho procesal internacional de fuente interna.

Desde este ángulo, se advierte un progresivo abandono de las figuras que prevén obligaciones propias de modelos basados en la reciprocidad, que responden a la vieja idea de la retorsión, que pretende sancionar la falta colaboración de otro Estado con una conducta capaz de infligir el

---

<sup>7</sup> Boggiano Antonio, ob. cit., T.I, pág. 395/6.

mismo daño que se causa, siendo en definitiva, los particulares y no los Estados, los únicos perjudicados con esas faltas de colaboración.

Se ha dicho, que hay que desarrollar la idea de que la política a seguir, cuando se exija la colaboración judicial, debe apuntar a reconocer la cooperación como un bien público que el Estado debe producir y que facilita el goce de derechos fundamentales. La exigencia de la reciprocidad a esta altura, en cualquiera de sus modalidades, podría truncar el pleno el ejercicio de esos derechos en el ámbito internacional, precisamente en aquellos campos en los cuales no existen mecanismos alternativos a la tutela judicial en los diferentes planos involucrados en cada caso. Por todo ello, la renuncia a la reciprocidad se presenta como una opción necesaria para garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Esto, sin embargo, no debe llevarnos a una posición de ciega transigencia con aquellos Estados que denieguen la colaboración por razones de falta de reciprocidad. Como mecanismo de salvaguarda frente al “salto al vacío” que conlleva toda oferta unilateral de cooperación jurídica, cabe siempre el resguardo de nuestros principios de orden público y constitucionales, como cláusula general de reserva de la legislación siempre vigente (art. 14 incs. 1° y 2° del C. Civ.

Este enfoque de colaboración que contempla también la necesidad de brindar asistencia con respecto a la tutela en materia cautelar, es insoslayable para una cooperación judicial efectiva en los procedimientos que presentan algún elemento extranjero. Es que, el fraccionamiento territorial provoca una mayor dilación en el tiempo que atenta contra la tutela judicial internacional efectiva que suele estar presupuesta en el principio de fungibilidad de los servicios jurisdiccionales.

Si el sistema permite que un litigio en una situación que se vincula con dos países pueda plantearse tanto ante los órganos judiciales de uno como los de otros y, por otro lado, admite también el reconocimiento de decisiones extranjeras, cabrá estar atentos y extremar los esfuerzos para evitar daños que podrían repararse con una respuesta dedicada.

En cuanto a las vías para canalizar las peticiones de cooperación para la realización de actos procesales en el extranjero ante las autoridades del Estado en cuyo territorio deban llevarse a cabo, es claro, que siempre deben ajustarse a que las leyes de ese Estado y no se opongan al procedimiento elegido. Las vías más utilizadas a nivel de derecho comparado, son:

- a) La vía diplomática o consular.
- b) El diligenciamiento a cargo de la propia persona a la que interese el cumplimiento del acto, siempre que a su instancia y bajo su responsabilidad, lo hubiere autorizado la autoridad competente.
- b) Por el órgano judicial que conociere del asunto o por una autoridad competente de ese órgano, mediante remisión directa de la petición al órgano judicial o al oficial competente del Estado requerido o a la Autoridad Central de dicho Estado. La misma regla es aplicable para la transmisión de peticiones por los órganos de enlace allí donde existan.
- c) Por la Autoridad Central en materia de cooperación jurídica internacional.

El órgano judicial que conoce del asunto cursará su petición mediante oficio directamente dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores quien, como Autoridad Central trasladará la petición a las autoridades del Estado requerido a través de su recíproca Autoridad Central u órgano de enlace equivalente o por la vía consular o diplomática, según proceda.<sup>8</sup>

Por vía consular o diplomática, si la legislación del estado requerido lo autoriza, el órgano judicial que conociere del asunto cursará su petición mediante oficio directamente dirigido al Ministerio de Justicia o Asuntos Exteriores, el cual trasladará la petición a las autoridades del Estado requerido a través de la Oficina consular o Misión diplomática correspondiente.

Nuestro país ha efectuado reservas a las vías de transmisión directas<sup>9</sup>, quizás sería el momento de reexaminar si en ciertos casos, la comunicación directa entre autoridades judiciales no puede aumentar la efectividad, sin detrimento de la seguridad a preservar en todo caso, mediante la introducción de las previsiones legales necesarias a ese fin.

Cabe recordar también que, acceder a una petición de cooperación internacional no implicará en momento alguno, el reconocimiento de la

---

<sup>8</sup> Una Propuesta de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil. Año LXV. Bmj Núm. 2143. Junio 2012 - Issn: 1989-4767 - [Www.Mjusticia.Es/Bmj](http://www.Mjusticia.Es/Bmj)

<sup>9</sup>En la Convención sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial del 15 de noviembre de 1965, a la que adherimos el 2-2-2001, Argentina se opuso a las formas de notificación previstas en el art. 10, en uso de las facultades contempladas en el art. 21 de la Convención, también hizo declaraciones aceptando



competencia judicial internacional de las autoridades del Estado requirente en cuanto al fondo del asunto, ni el compromiso de reconocer o ejecutar la sentencia que dictaren, incluso, si lo considerase oportuno, la autoridad judicial podría advertir del riesgo de que la eventual resolución extranjera no sea reconocida.

***11) Reglas que consagren las pautas para fijar la obligación de prestar Asistencia procesal internacional.***

La llamada cooperación de mero trámite, probatoria y cautelar, suele llevarse a cabo, sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales y en defecto de convención al respecto, mediante comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras que deben hacerse en general, mediante exhortos o cartas rogatorias.

En nuestro derecho procesal de fuente internacional vigente, encontramos que la Argentina ha adherido a la Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil de 1954 (ley 23.502), que establece una regulación particular para la transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales, sin embargo, la Convención sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial del 15 de noviembre de 1965, a la que adherimos el 2-2-2001 y que se encuentra en vigor desde el 1-12-2001, reemplaza, en las relaciones entre los Estados que la hayan ratificado, a los artículos 1 a 7 de la Convención relativa al Procedimiento Civil, firmada en La Haya el 1 de marzo de 1954, en la medida en que dichos Estados sean Partes en uno u otro de esas Convenciones.

Es importante señalar las amplias y diversas formas de notificación que esta Convención contempla y que sería útil examinar en su conveniencia para ser incorporadas, expresamente, en la fuente interna. Cabría así prever que las notificaciones se realicen:

- a) según las formas prescritas por la legislación del Estado requerido para la notificación o traslado de los documentos otorgados en este país y que se destinen a personas que se encuentren en su territorio,
- b) según la forma particular solicitada por el requirente, siempre que no resulte incompatible con la ley del Estado requerido.
- c) directamente, por medio de nuestros agentes diplomáticos o consulares, *sin medida de compulsión alguna*, las notificaciones o traslados de documentos judiciales a las personas que se encuen-

tren en el extranjero – véase que nuestro país no ha limitado convencionalmente esa facultad solo al caso de que el documento deba ser notificado o trasladado a un nacional del Estado de origen- (véase art. 8 de la Convención de La Haya).

*d)* mediante la vía consular para remitir, a los fines de notificación o traslado, los documentos judiciales a las autoridades de otro Estado contratante que éste haya designado y si así lo exigen circunstancias, la facultad de utilizar, a los mismos fines, la vía diplomática (véase art. 9).

También puede establecerse, que el documento podrá entregarse siempre al destinatario que lo acepte voluntariamente y que siempre se podrá solicitar que sea redactado o traducido a la lengua oficial del país.

Debe tenerse presente, que nuestro país, sin embargo, ha introducido, en uso de la facultad prevista en el art. 21 de esta Convención *una declaración, oponiéndose a las formas de notificación directa previstas en el artículo 10* de la misma, esto es:

*a')* la facultad de *remitir directamente por vía postal*, los *documentos judiciales* a las personas que se encuentren en el extranjero,

*b')* la facultad, respecto de *funcionarios judiciales, ministeriales u otras personas competentes del Estado de origen*, de proceder a las notificaciones o traslados de *documentos judiciales directamente* a través de funcionarios ministeriales o judiciales u otras personas competentes del Estado de destino,

*c')* la facultad, respecto de *cualquier persona interesada* en un procedimiento judicial, de proceder a las *notificaciones o traslados de documentos judiciales directamente* a través de funcionarios judiciales, ministeriales u otras personas competentes del Estado de destino.

También puede preverse, expresamente, que las notificaciones o traslados de documentos judiciales provenientes de un Estado contratante no podrán dar lugar al pago o reembolso de las tasas o gastos por los servicios del Estado requerido. Del mismo modo, el Estado si es requirente, estará obligado a pagar o reembolsar los gastos ocasionados por:

*a)* la intervención de un funcionario judicial o ministerial o de una persona competente según la ley del Estado de destino,

*b)* la utilización de una forma particular.

Finalmente, cabría contemplar también, que el cumplimiento de una petición de notificación o traslado o una medida de auxilio procesal, podrá

ser rehusado, únicamente, si el Estado juzgase que este cumplimiento es de tal naturaleza que implica un atentado a nuestra soberanía o seguridad.

El cumplimiento no debería rehusarse, tampoco, por el solo motivo de que reivindicásemos competencia judicial exclusiva para el procedimiento en cuestión o porque nuestro Derecho interno no admita la acción a que se refiera la petición.

En caso de denegación, la autoridad judicial debería informar inmediatamente al requirente e indicar los motivos.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contiene muy pocas disposiciones sobre reglas aplicables en materia de auxilio procesal internacional, hallamos sin embargo, bajo el acápite: "*Prueba a producir en el extranjero*" que se encuentra, en el art. 369, que *la prueba que deba producirse fuera de la República deberá ser ofrecida dentro del plazo o en la oportunidad pertinente según el tipo de proceso de que se trate y que en el escrito en que se pide deberán indicarse las pruebas que han de ser diligenciadas, expresando a qué hechos controvertidos se vinculan y los demás elementos de juicio que permiten establecer si son esenciales, o no.*

De otro lado, al regular la prueba confesional, en el art. 407 se prevé la forma de la declaración por oficio, cuando litigare la Nación, una (1) provincia, una (1) municipalidad o una (1) repartición nacional, provincial o municipal, o sus entes autárquicos sujetos a un régimen general o especial, u otros organismos descentralizados del Estado Nacional, provincial o municipal, o empresas o sociedades del Estado o sociedades con participación estatal mayoritaria Nacional, Provincial o municipal, *entes inter-estadales de carácter nacional o internacional*, así como *entidades bancarias oficiales nacionales o internacionales*, así como *entidades bancarias oficiales nacionales, provinciales o municipales*, y se dispone que *la declaración deberá requerirse por oficio al funcionario facultado por ley para, la representación bajo apercibimiento de tener por cierta la versión de los hechos contenida en el pliego, si no es contestado dentro del plazo que el tribunal fije o no lo fuere en forma clara y categórica, afirmando o negando.*(Artículo sustituido por art. 1 de la Ley N° 23.216 B.O. 4/9/1985)

De igual modo es importante incluir una clara previsión en el sentido de que se debe dar cumplimiento con celeridad a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranje-

ras, siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino o demande gastos que deban ser atendidos de modo especial. Incluso, a solicitud del órgano jurisdiccional del Estado requirente podrá aceptarse la observancia de formalidades adicionales o de procedimientos especiales adicionales en la práctica de la diligencia solicitada, a menos que sean incompatibles con la legislación del Estado o de imposible cumplimiento por nuestras autoridades.

El Proyecto de Reformas al Código Civil incluye una directiva general en este sentido, al establecer que *los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida* (véase, el art.2612 del Proyecto de reformas del Código Civil de 2012).

También el art.132 del C.P.C.C.N. prevé una norma general relativa a *comunicaciones a autoridades extranjeras o provenientes de éstas*.

Dispone así, que las comunicaciones dirigidas a autoridades judiciales extranjeras se harán mediante exhorto y que se dará cumplimiento a las medidas solicitadas por autoridades judiciales extranjeras, cuando de la comunicación que así lo requiera resulte que han sido dispuestas por tribunales competentes según las reglas argentinas de jurisdicción internacional y siempre que la resolución que las ordene no afecte principios de orden público del derecho argentino. En su caso, se aplicarán los demás recaudos establecidos en los tratados y acuerdos internacionales, así como la reglamentación de superintendencia.

### ***12) Reglas que consagren las pautas para Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y de Laudos Arbitrales Extranjeros.***

Este sector ha sido reiteradamente omitido dentro de las iniciativas de regulación de fondo uniforme, no solo en ocasión de la redacción del Proyecto de Reforma del Derecho Internacional Privado de 2003, sino que también fue excluido en el último Proyecto de 2012 y estimamos de suma importancia una recomendación en el sentido de que se dé tratamiento legislativo a esta problemática a nivel nacional, dado que omitir este instituto demuestra una inadvertencia de la necesidad de incluir ciertas normas esenciales para establecer, las condiciones bajo las cuales puede “insertarse” eficazmente en nuestro ordenamiento jurídico, una solución (sentencia) dada por autoridad pública extranjera.

Es que la definición de esas condiciones, no hace a atribuciones procesales meramente provinciales, sino que se trata de materia federal pues,

amén de la funciones delimitadoras de la soberanía jurisdiccional propia, ya apuntadas, que comprometen la responsabilidad del Estado ante posibles diferencias de trato que pudiese dispensarse en las provincias argentinas a una sentencia extranjera.

Debería preverse:

- a) El **ámbito de aplicación de estas normas** sin perjuicio de lo dispuesto en convenciones internacionales, vg. que sus pautas serán aplicables al reconocimiento y ejecución de las sentencias y de los laudos arbitrales pronunciados en jurisdicciones extranjeras en materia civil, comercial y laboral y, también deberían contemplarse incluidas las sentencias en materia de reparación de daños y restitución de bienes pronunciadas en jurisdicción penal (véase: *Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, Las Leñas, art.18*).
- b) La **conversión en título ejecutorio de los laudos y sentencias extranjeros y los requisitos aplicables para ello en defecto de tratados**.

Sin perjuicio, claro está, de los términos de los acuerdos internacionales celebrados con el país del cual provengan. Estimamos importante remarcar la conveniencia de incluir con precisión el criterio con el que deberá contemplarse el control de la jurisdicción indirecta (confr. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Argentina, art. 517*).

- c) **Criterio de atribución de la jurisdicción directa. Competencia. Recaudos. Sustanciación.** Estableciendo que si se dispusiere la ejecución, se procederá en la forma establecida para las sentencias pronunciadas por tribunales argentinos (*Fuentes: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Argentina, art. 517*).
- d) **Reglas para el reconocimiento involucrado de la eficacia de laudos y sentencias extranjeras** (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Argentina, art. 519*).

### 13) Información del derecho extranjero

Finalmente, resultaría sumamente conveniente una directiva de compromiso que ponga en cabeza de los funcionarios del Estado que se designen o, por vía judicial incluso, en su caso, la obligación de suministrar, en concepto de cooperación judicial, y siempre que no se opongan a las dis-

posiciones de orden público, informes en materia civil, comercial, laboral, administrativa y de derecho internacional privado, sin gasto alguno (véase: *art. 28 del Protocolo de Las Leñas*).

Esta información también efectuarse a pedido de la jurisdicción de otro Estado, a través de informes suministrados por las autoridades diplomáticas o consulares del Estado Parte de cuyo derecho se trate (confr. *art. 29 del Protocolo de Las Leñas*). Al brindar informes sobre el sentido y alcance legal de nuestro derecho, sin embargo, el Estado no será responsable por la opinión emitida, ni está obligado a aplicar su derecho según la respuesta proporcionada.

El Estado que reciba dichos informes no estará obligado a aplicar o hacer aplicar el derecho extranjero según el contenido de la respuesta recibida (arg. *art. 30 del Protocolo de Las Leñas*).

Concluimos de este modo con un muy rápido panorama sobre los diversos tópicos que estimamos que, por su importancia deben ser abordados en punto a la cooperación y auxilio procesal internacionales ya con una normativa uniformada a nivel nacional o, en derecho procesal provincial, a través de las regulaciones locales que correspondan, procurando, en este caso, la técnica de la unificación de fórmulas en textos modelo adoptados de modo uniforme y nos permitimos sugerir estos tópicos y las fórmulas utilizadas en el Capítulo 3° del Proyecto de Reforma del Código Civil de 2012, como base de trabajo positiva al respecto.

# **THE 1995 INTERIM ACCORD AND MEMBERSHIP OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA IN INTERNATIONAL ORGANIZATIONS**

Budislav VUKAS

In the course of the dissolution of Yugoslavia, the republics, members of the former Federation, have been established as independent states. They have been recognized by individual states and international organizations. However, Greece tried to prevent the membership of the Republic of Macedonia in international organizations because of the opposition to its name. This opposition had no success in the United Nations: a provisional name enabled the membership of Macedonia in the World Organization and in other international organizations. On the basis of that solution Greece and Macedonia concluded in 1995 the Interim Accord, the purpose of which was to enable the cooperation of the two states even before the solution of the difference between them with respect to the name of Macedonia. Many provisions of the Interim Accord have been correctly applied by the two states, but Greece opposed in 2008 the membership of the Republic of Macedonia in NATO. This attitude of Greece has been proclaimed in the 2011 judgment of the International Court of Justice as a violation of the 1995 Interim Accord.

## **I. Introduction**

1. Immediately after the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY), and the recognition of its former republics as independent states, I met in New York one of my Macedonian colleagues (Vanja Toševski) engaged in the negotiations with Greece over the name of one of these republics – the Republic of Macedonia.

It is incredible, but even today, twenty years after my surprise in New York, the question of the official name of the Republic of Macedo-

nia, which would be acceptable to Greece, has not been resolved between the two neighboring states. One of the consequences of that situation are the terms used for Greece and Macedonia in the treaty we are dealing with in this text: the Interim Accord concluded between Greece and Macedonia in New York on September 13, 1995.<sup>1</sup> Instead of mentioning the names of the two states, the two parties used a special method to indicate them, which is particularly strange to people whose mother tongue is not English. Instead of Greece, the term “Party of the First Part” is used, and the term “Party of the Second Part” means the Republic of Macedonia! Observing the decision of not mentioning the real names of the two parties, the strange terms used in the official language (English) have been translated into French terms “Première Partie” (Greece) and the “Seconde Partie” (Macedonia), which are less strange than the original English solution for readers speaking a Slavic or Roman language.<sup>2</sup>

## **II. The Main Problem in the Relations between Macedonia and Greece**

2. Notwithstanding the opposition of Greece to the name of the southernmost state established on the territory of the former SFRY – the Republic of Macedonia – this state was recognized already in 1992 and early 1993 by the European Community (EC) and individually by a number of states. Namely, the Badinter Commission, established by the Peace Conference on Yugoslavia, determined on 11 January 1992 that Macedonia fulfilled all the conditions for recognition as determined in the documents adopted by the EC on 16 December 1991: Declaration on Yugoslavia and

---

<sup>1</sup> Interim Accord, in: Case Concerning the Application of Article 11, paragraph 1, of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), International Court of Justice, Memorial, 20 July 2009, Volume II, Annexes, Annex 1.

<sup>2</sup> Translation of the Interim Accord in: Accord intérimaire conclu par le Demandeur et le Défendeur (New York, 13 septembre 1995), Affaire relative a l'Application de l'Accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République Yougoslave de Macédoine c. Grèce), Cour internationale de Justice, Mémoire, 20 juillet 2009, Volume II (Annexes), Annex 1.



the Declaration on the "Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union".<sup>3</sup> The most important conclusion was "that the use of the name "Macedonia" can not... imply any territorial claim against another state".<sup>4</sup>

3. As there was no advance in the negotiations on the name of Macedonia which could be acceptable to both states, Greece and Macedonia concluded on 13 September 1995 the Interim Accord. Its purpose was to enable the cooperation of the two states even before reaching the agreement on the name of Macedonia acceptable for both states. Anyhow, one of the main provisions of the Accord was the decision to continue negotiations under the auspices of the Secretary-General of the United Nations in order to reach the agreement concerning the name of the new state (Article 5, para. 1).

The parties recalled their obligation to "settle any disputes exclusively by peaceful means in accordance with the Charter of the United Nations" (Article 21, para. 1). However, they accepted an exception to that general obligation in respect of the jurisdiction of the International Court of Justice (ICJ): eventual differences in the negotiations on the problem of the name of Macedonia can not be submitted by either of the parties of the Interim Accord to the ICJ (Article 21, para. 2).

### **III. Macedonia and the International Organizations**

4. One of the main issues connected with the problem of the name of Macedonia is the Greek attitude towards the membership of this new state in international organizations. However, notwithstanding the absence of a solution of the problem of the name generally acceptable to Greece, it could not prevent the membership of Macedonia in the United Nations under a specific name – "the former Yugoslav Republic of Macedonia". A provision on the attitude of Greece towards the membership of Mace-

---

<sup>3</sup> The texts of the Declarations in: 31 International Legal Materials, pages 1485-1487 (1992).

<sup>4</sup> 31 International Legal Materials, p. 1511 (1992).

donia in other “international, multilateral and regional organizations and institutions” of which Greece is a member has also been included in the Interim Accord. Namely, Greece accepted “not to object to the application by or the membership of the Party of the Second Part in international, multilateral and regional organizations and institution of which the Party of the First Part is a member...”, but only “if and to the extent the Party of the Second Part is to be referred to in such organization or institution” in accordance with “paragraph 2 of United Nations Security Council resolution 817 (1993)” (Article 11, para. 1 of the Interim Accord).<sup>5</sup>

In the mentioned resolution the Security Council noted that Macedonia fulfilled the criteria for membership in the United Nations (UN) laid down in Article 4 of the UN Charter, and it recommended to the General Assembly to admit Macedonia to membership in the United Nations. However, pending the settlement of the difference that has arisen over the name of Macedonia, the Security Council recommended that this state provisionally be referred as “the former Yugoslav Republic of Macedonia”. On the basis of the Security Council resolution 817 (1993), the General Assembly decided on 8 April 1993 to admit Macedonia to the United Nations (Resolution 225).

5. However, as already mentioned, the obligation of Greece not to object to the membership of Macedonia in international, multilateral and regional organizations, under Article 11, para. 2 of the Interim Accord, does not exist “if and to the extent the Party of the Second Part is to be referred to in such organizations or institution differently” than the former Yugoslav Republic of Macedonia” (Article 11, para. 1). The part of the quoted text in English “if and to the extent” seems to impose very complicated tests concerning the practice in the relevant organizations/institutions in applying to Macedonia the name proposed in resolution 817 (1993) by the UN Security Council. However, the translation of this part of Article 11, para. 1, into French make clear that “to the extent” should not create additional problems in respect of the membership of “the former Yugoslav Republic of Macedonia”. Namely, according to the French translation, Greece can object to the membership of Macedonia if that state “doit être doté, dans ces organisations ou institutions d’une appellation

---

<sup>5</sup> The text of the resolution 817 (1993) see in: note 1 supra, Annex 22.

différente que celle prévu au paragraphe 2 de la resolution 817 (1993) du Conseil de sécurité des Nations Unies”. Thus, the only unclear condition imposed by Article 11, para. 1, is the question whose reference, different than the one proposed by the Security Council, can authorize Greece to object to the membership of Macedonia in an organization or institution. The most logical interpretation of that provision is the permission to object if the organization itself (its bodies/organs) refer to Macedonia differently than “the former Yugoslav Republic of Macedonia”. It may be also considered that the states members of the organization should behave in accordance with the Security Council resolution 817 (1993). However, it cannot be required that the Republic of Macedonia and its own representatives in an organization use the term “the former Yugoslav Republic of Macedonia” in respect of their country.

6. After becoming a member of the United Nations, Macedonia in 1993 became a member of numerous United Nations bodies and agencies, including the World Health Organization (WHO), the International Labour Organization (ILO) and the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO).<sup>6</sup> However, as a consequence of the Greek opposition, Macedonia was prevented to join various non-United Nations affiliated institutions, particularly regional institutions and organizations, such as the Council of Europe and the Organization on the Security and Cooperation in Europe (OSCE). After the entry into force of the 1995 Interim Accord, on the basis of the application of its Article 11, para. 1, Macedonia entered into the membership of many multilateral and regional organizations and institutions. The relations between the two states improved not only in respect of the Macedonian membership in international organizations and institutions, but also in their direct bilateral relations

#### **IV. Relations of the Republic of Macedonia with NATO**

7. Since the end of the Cold War many states in Eastern and Southern Europe expressed their interest to cooperate with NATO and even to

---

<sup>6</sup> The list of organizations see in: note 1 supra, Memorial, Vol. I, p. 43.

become its member. This Organization, created in 1949, has been interested in establishing cooperation with these states before deciding on their membership. For that purpose, in 1994 the Partnership for Peace (PfP) and in 1999 the Membership Action Plan (MAP) were launched.

Already on 23 December 1993 the Republic of Macedonia adopted a resolution setting out its desire to become a NATO member.<sup>7</sup> The adoption of the Interim Accord and particularly its Article 11, para. 2, made possible to Macedonia to join the two mentioned associations preparing that state to become a member of NATO. Already in 1995 Macedonia accepted membership of Partnership for Peace, and in 1999 it accepted the invitation to participate in the Membership Action Plan. In accordance with Interim Accord, in both cases the provisional designation - “the former Yugoslav Republic of Macedonia” was used, and therefore there was no opposition by Greece to the membership of Macedonia.

Since the joining of the two mentioned associations, the Republic of Macedonia has contributed to some NATO campaigns: in the NATO-led Kosovo force (KFOR) mission, and in the NATO-led operation in Afghanistan.

8. Taking into account the successful cooperation of the Republic of Macedonia with NATO since 1995, the members of that Organization – including the United States of America – intended to invite Macedonia to join NATO together with some other states from the region. For that purpose the NATO Summit, held in Bucharest on 2-3 April 2008 had to decide on the candidacies of Albania, Croatia and Macedonia. However, although the candidacy of Macedonia was also at that meeting considered under the provisional reference of “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, Greece opposed to the membership of Macedonia. As according to the NATO rules a new member can be invited only by a unanimous decision of the NATO member states, only Albania and Croatia were invited in Bucharest on 3 April 2008 to join NATO.

The Greek opposition prevented the invitation of the Republic of Macedonia, although the declaration made by NATO following the

---

<sup>7</sup> Decision on the Attainment of the Republic of Macedonia of the North Atlantic Treaty Organization – NATO (23 December 1993), Official Gazette of the Republic of Macedonia, No. 78, Year XLIX (27 December 1993); the text of the decision see in: note 1 supra, Annex 21.

Bucharest Summit commended Macedonia for its “commitment to NATO values and Alliance operation”.<sup>8</sup>

9. As the attitude of Greece at the Bucharest Summit clearly expressed the intention of that state to prevent the membership of its northern neighbour in important international organizations, the Republic of Macedonia decided to submit the problem of the Greek violation of Article 11, para. 1, to the International Court of Justice. As already mentioned (see *supra* no. 3), under Article 21, para. 2, of the Interim Accord “Any difference or dispute that arises between the Parties concerning the interpretation or implementation of this Interim Accord may be submitted by either of them to the International Court of Justice...”. On 17 November 2008 the Republic of Macedonia instituted proceedings before the ICJ against Greece to protect its rights under Article 11 of the Interim Accord dealing with the application or membership of Macedonia in international, multilateral and regional organizations and institutions (see *supra* no. 4). The Republic of Macedonia requested the Court “to adjudge and declare that the Respondent [Greece] through its State organs and agents, has violated its obligation under Article 11, paragraph 1, of the Interim Accord”.<sup>9</sup>

As the proceedings before the Court are rather long, the Court delivered its judgment only on 5 December 2011. However, throughout the procedure the unanimous position of the Court was clear: it found “that the Hellenic Republic, by objecting to the admission of the former Yugoslav Republic of Macedonia to NATO, has breached its obligation under Article 11, paragraph 1, of the Interim Accord of 13 September 1995.”<sup>10</sup>

10. However, as a consequence of the experience with Greece concerning its membership in NATO, the Republic of Macedonia requested the ICJ to adopt a conclusion concerning the possible similar acts of Greece in the future. It asked the Court:

---

<sup>8</sup> See note 1 *supra*, Memorial, Vol. I, pp. 52-53.

<sup>9</sup> Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment, 5 December 2011, para 14.

<sup>10</sup> *Ibid.*, para 170. only the judge *ad hoc* chosen by Greece, Professor Roucouas, voted against that conclusion of the Court.

“to order that the Respondent immediately take all necessary steps to comply with its obligations under Article 11, paragraph 1, of the Interim Accord, and to cease and desist from objecting in any way, whether directly or indirectly, to the Applicant’s membership of the North Atlantic Treaty Organization and/or any other ‘international, multilateral and regional organizations and institutions’ of which the Respondent is a member, in circumstances where the Applicant is to be referred to in such organization or institution by the designation provided for in paragraph 2 of United Nations Security Council resolution 817 (1993).”<sup>11</sup>

Contrary to the attitude of the Court towards the first request of the Republic of Macedonia, the ICJ rejected this second request. The Court did not consider it necessary to order Greece to refrain from any future conduct that violates the obligation under Article 11, para. 1, of the Interim Accord. Namely, taking into account the conclusion of the Court that the conduct of Greece in respect of the membership of Macedonia in NATO was wrongful, it considered not necessary to suppose that Greece will repeat that conduct in the future.<sup>12</sup>

As a judge *ad hoc* in that case, I was the only member of the Court who supported also the second request of the Republic of Macedonia.<sup>13</sup> In a special declaration, I expressed my view that the Court’s opinion concerning the behaviour of Greece in respect of NATO was not sufficient in order to fulfil the obligation of Greece under the Interim Accord concerning the necessity of developing Macedonian relations with other organizations, particularly those of the European states.<sup>14</sup> This specific goal represents the contents of Article 11, para. 2, of the Interim Accord:

“The Parties agree that the ongoing economic development of the Party of the Second Part should be supported through international cooperation, as far as possible by a close relationship of the Party of the Second Part with the European Economic Area and the European Union”.

---

<sup>11</sup> See note 9 *supra*.

<sup>12</sup> See note 9 *supra*, para 168.

<sup>13</sup> See note 9 *supra*, para 170.

<sup>14</sup> See note 9 *supra*, Declaration of Judge *ad hoc* Vukas.

In my view, the decision of the Court to reject the second request of the Republic of Macedonia concerning the future activities of Greece does not correspond to the conclusion of the Court itself that its Judgment “would affect existing rights and obligations of the Parties under the Interim Accord and would be capable of being applied effectively by them” (paragraph 53 of the judgment).

However, notwithstanding my opinion expressed in the Hague in December 2011, I do hope that the judgment of the International Court of Justice will contribute to the membership of the Republic of Macedonia in international organizations it will like to join.





## INDICE

Autores .....	11
Prólogo .....	19
La fuerza del trabajo. La regulación del aprendizaje industrial en la primera mitad del siglo XIX <i>Marcela Aspell</i> .....	61
Variaciones sobre dos temas de la responsabilidad de los Estados <i>Julio Barboza</i> .....	111
A propósito del control de convencionalidad <i>Víctor Bazán</i> .....	139
Reflexiones sobre la crisis del euro y de la Unión <i>Antonio Remiro Brotóns</i> .....	185
<i>Quousque tandem</i> Naciones Unidas.... <i>Rose Cave</i> .....	203
Nuevas perspectivas de la inmunidad del Estado <i>J. Alejandro Consigli</i> .....	225
La consolidación del derecho sobre los acuíferos transfronterizos <i>Lilian del Castillo</i> .....	241
El Mercosur: 20 años después <i>Adriana Dreyzin de Klor</i> .....	285

Aporte de la dinámica de las garantías constitucionales en el Sistema <i>Interamericano al derecho internacional</i> <i>María del Luján Flores- Carlos Sapriza</i> .....	303
Consecuencias del hecho ilícito internacional en el caso de las organizaciones internacionales (a la luz del proyecto definitivo de artículos de la Comisión de Derecho Internacional) <i>Cesáreo Gutiérrez Espada</i> .....	339
El control jurisdiccional de la aplicación del derecho internacional humanitario <i>Hortensia D.T. Gutiérrez Posse</i> .....	367
La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1 de febrero de 2012 a petición del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola <i>Manuel Hinojo Rojas</i> .....	405
Dollarization and euroization - Legal and economic problems the introduction of a foreign currency as a national currency on the global and European level <i>Waldemar Hummer</i> .....	457
El territorio insular a la luz del fallo de la Corte Internacional de Justicia de 2012 <i>María Teresa Infante Caffi</i> .....	487
La responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos <i>Hugo Llanos Mansilla</i> .....	509
Mutaciones en las relaciones diplomáticas contemporáneas <i>Manuel Morales Lama</i> .....	577
Adopción internacional viciada y protección del niño mediante el despliegue de la cooperación internacional <i>María Susana Najurieta</i> .....	591

La aplicación del principio <i>jura novit curia</i> por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos <i>Rafael Nieto Navia</i> .....	619
El principio de efectividad en el derecho internacional público <i>Arturo Santiago Pagliari</i> .....	641
Unasur. Cambios de la estructura por edades de la población. Bases comunes para la promoción, protección y realización de los derechos de las personas de edad <i>Luis Cruz Pereyra</i> .....	669
El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados. Aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>María Teresa Ponte Iglesias</i> .....	719
The human right to water and sanitation: The Challenges of its Application in Latin America <i>María Querol</i> .....	757
La democracia en la era digital. Una mirada desde el ámbito latinoamericano <i>Beatriz M. Ramacciotti</i> .....	787
Mercosur y medio ambiente. Realizaciones y perspectivas <i>Ernesto J. Rey Caro</i> .....	821
Contrastes entre las concepciones teóricas, los criterios jurídicos y las decisiones políticas de los Estados en materia de reconocimiento de Estados y de gobiernos <i>María Cristina Rodríguez de Taborda</i> .....	853
La enseñanza del derecho internacional <i>Graciela R. Salas</i> .....	885
The human right to water <i>Marco Parriciatu - Francesco Sindico</i> .....	911

La relación entre la violación grave de un tratado y el estado de necesidad <i>María Alejandra Sticca</i> .....	935
Derechos humanos de los migrantes <i>Amalia Uriondo de Martinoli</i> .....	961
La cooperación y auxilio procesal internacionales: principios e institutos a incluir en una legislación procesal internacional uniforme de fuente interna <i>María Elsa Uzal</i> .....	993
The 1995 interim accord and membership of the republic of Macedonia in international organizations <i>Budislav Vukas</i> .....	1015

Se terminó de imprimir en  
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,  
en el mes de junio de 2014

