

REVISTA



DEL POSGRADO EN
DERECHO

DE LA UNAM

Nº. 2

ENERO | 2015
JUNIO | 5



\mathcal{R}_D

**REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO
DE LA UNAM**

NUEVA ÉPOCA, NÚMERO 2 | ENERO - JUNIO 2015



DIRECTORIO

José Narro Robles

RECTOR

Francisco José Trigo Tavera

SECRETARIO DE DESARROLLO INSTITUCIONAL

Juan Pedro Laclette San Román

COORDINADOR DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Carlos H. Reyes Díaz

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

ENTIDADES

María Leoba Castañeda Rivas

FACULTAD DE DERECHO

José Alejandro Salcedo Aquino

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Gilberto García Santamaría González

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

Pedro Salazar Ugarte

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

Guillermo Enrique Estrada Adán

DIRECTOR

Claudio Vázquez Pacheco

EDITOR

Carlos Trápala

EDITOR ADJUNTO

Daniela Reyes

ASISTENTE EDITORIAL

Andrea Lemus Rodríguez

EDICIÓN TÉCNICA

La Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM es una publicación semestral editada por la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, ubicada en la Unidad de Posgrado, edificio "F", Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, delegación Coyoacán, c.p. 04510, México D.F. e-mail: <informesderecho@posgrado.unam.mx>, tel.: 5623-7024. Certificado de reserva de derechos al uso exclusivo del título No. 04-2005-091914211800- 102. ISSN 2007-5995. Los autores son responsables de su contribución. Se permite la reproducción parcial o total del contenido otorgando el crédito correspondiente a la fuente. En portada: Pablo O'Higgins y la LEAR, "La máscara" (fragmento), *La lucha sindical: trabajadores contra la guerra y el fascismo*, 1936, fresco transportable, Facultad de Derecho-UNAM, Ciudad Universitaria, México. Diseño editorial: Claudio Vázquez Pacheco. Impresión: Creativa Impresores SA de CV, calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, c.p. 09920, México, D.F., teléfono: 5703-2241.

COMITÉ ASESOR

Tullio Treves

UNIVERSIDAD DE MILÁN, ITALIA

Carlos Fernández de Casadevante

UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS, ESPAÑA

Rolando Tamayo y Salmorán

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Adrián Rentería

UNIVERSIDAD DEL INSUBRIA, ITALIA

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Luis González Plascencia

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA

María Susana Dávalos Torres

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Enrique García Moisés

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN, UNAM

Daniel Velázquez Velázquez

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN, UNAM

COMITÉ EDITORIAL

Rodrigo Brito Melgarejo

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Fausto Kubli García

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOBRE AMÉRICA DEL NORTE, UNAM

Luis René Guerrero Galván

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Gabriela Aldana Ugarte

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Andrea Pozas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Mariela Morales Antoniazzi

**INSTITUTO MAX PLANCK DE DERECHO PÚBLICO COMPARADO
Y DERECHO INTERNACIONAL, ALEMANIA**

Edgar Aguilera

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO

Matthias Goldman

**INSTITUTO MAX PLANCK DE DERECHO PÚBLICO COMPARADO
Y DERECHO INTERNACIONAL, ALEMANIA**

Luigi Crema

UNIVERSIDAD DE MILÁN, ITALIA

Catalina Pérez-Correa

**CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS
DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS**

Oscar Cruz Barney

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Delio Dante López Medrano

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN, UNAM

Edwin Ramírez Díaz

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Diane Fromage

INSTITUTO EUROPEO UNIVERSITARIO, ITALIA

César Nava Escudero

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Abril Uscanga Barradas

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Gabriel Ferrer

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Hugo Carrasco Soulé-López

FACULTAD DE DERECHO, UNAM



ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| EDITORIAL. | 11 |
| <i>Guillermo Estrada Adán</i> | |
| ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA MODERNIDAD ALTERNATIVA RADICAL. | 15 |
| <i>Mario Magallón Anaya</i> | |
| NECESITAMOS CORTARLE LA CABEZA AL REY: ENFOQUES PASADOS, PRESENTES Y FUTUROS SOBRE EL <i>SOFT LAW</i> INTERNACIONAL | 45 |
| <i>Matthias Goldmann</i> | |
| THE CHANGES PROVOKED BY THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS —ESPECIALY IN TIMES OF CRISIS— ON THE RELATIONSHIPS BETWEEN PARLIAMENT AND GOVERNMENT IN FRANCE, GERMANY AND SPAIN | 111 |
| <i>Diane Fromage</i> | |
| THE TRANSFORMATIVE EFFECTS OF THE EUROZONE CRISIS ON NATIONAL PARLIAMENTS | 141 |
| <i>Cristina Fasone</i> | |
| CUANDO LOS DERECHOS HUMANOS CHOCAN ENTRE SÍ. LAS RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD FRENTE A LA CRISIS DEL ÉBOLA EN ÁFRICA DE 2013-2015 | 181 |
| <i>Pedro Alejandro Villarreal Lizárraga</i> | |
| EL DERECHO COMERCIAL Y LA BÚSQUEDA DE UNA TEORÍA JURÍDICA GLOBAL. | 219 |
| <i>Alfonso Jesús Casados Borde</i> | |

| | |
|---|-----|
| LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, LAS LEYES SECUNDARIAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL; REGLAS QUE RIGEN LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES. | 247 |
| <i>Óscar Vásquez del Mercado Cordero</i> | |
| EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL: UNA APROXIMACIÓN A LA INTEGRIDAD CULTURAL DE COMUNIDADES INDÍGENAS | 283 |
| <i>Roberto Luis Bravo Figueroa</i> | |
| APUNTES SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA EN MÉXICO | 319 |
| <i>Cecilia Azuara</i> | |
| ACCESO A LA JUSTICIA DE PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS Y DERECHO A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN EN CASOS DE EXPROPIACIÓN COMO UNA VIOLACIÓN CONTINUADA. | 341 |
| <i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor</i> | |
| INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES. | 381 |

EDITORIAL

Diplomático y dramaturgo, Jean Giraudoux sabía bien que el derecho es la escuela más fuerte de la imaginación y que no hay poeta que haya interpretado la naturaleza tan libremente como un jurista lo hace con la realidad. Las problemáticas sociales requieren de propuestas imaginativas para su solución; de interpretaciones prudentes de la realidad, pero también de explicaciones atrevidas. El discurso de los juristas no puede permanecer en silencio. Cada crisis internacional, ya sea económica, monetaria, humanitaria, o de cualquier otra índole, exige reflexiones y soluciones prontas. Por ello necesitamos mapas, es decir, rutas específicas que nos ayuden a encontrar las mejores soluciones en el menor tiempo posibles. Urge, otra vez, llegar a puertos que se conviertan en espacios para seguir ensayando nuestras utopías.

El segundo número de la Nueva Época de la *Revista del Posgrado de Derecho de la UNAM* propone rutas por donde transitar en las realidades globales, poniendo especial atención en los trabajos realizados en México y Europa. Los textos que aquí se presentan imaginan explicaciones y soluciones a los problemas de los derechos humanos, del derecho internacional o de la comunidad internacional. El ensayo que abre este número, de la autoría de Mario Magallón Anaya, apunta no sólo a la insuficiencia de la fundamentación tradicional de los derechos humanos que no explica ya sus nuevas dimensiones, sino a la dignidad humana que define a lo humano desde su ser y su valer más esenciales. En este mismo orden de ideas, el artículo de Roberto Bravo revisa críticamente los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y el reconocimiento de su integridad cultural.

Por su parte, los textos de Matthias Goldmann, de Diane Fromage, de Cristina Fasone y de Pedro Villarreal aportan líneas sugerentes para revisar las crisis que la Unión Europea atraviesa

actualmente, *verbi gratia*: la relación existente entre los parlamentos nacionales y el gobierno; el papel del *soft law* en el derecho internacional contemporáneo; así como un análisis minucioso de la crisis del ébola en África.

En otro tenor de ideas, los trabajos de Alfonso Casados y de Óscar Vásquez del Mercado presentan argumentos desde la globalización y el derecho mercantil; temas donde, también, urge trazar nuevas líneas de pensamiento que describan de manera crítica la situación económica actual del mundo.

Como novedad, y debido a que consideramos que en la construcción de las soluciones buscadas son necesarias las decisiones judiciales y los comentarios legislativos, este número incluye las aportaciones de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de Cecilia Azuara Arai, académica especialista en transparencia y acceso a la información de la Facultad de Derecho de la UNAM, quienes contribuyeron, respectivamente, con un voto parcialmente disidente en el Caso de las Comunidades Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá del Bayano; y con un estudio acucioso sobre la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública emitida en mayo de este año.

El número que el lector tiene en sus manos está nutrido de distintas experiencias y visiones. La academia mexicana, el posgrado de la UNAM, y las academias europeas constituidas en torno al Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional y al Instituto Europeo Universitario ofrecen, pues, aproximaciones cargadas de imágenes nuevas que, al menos desde el discurso jurídico, buscan asignar significado al imaginario del siglo XXI.

ARTÍCULOS

ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA MODERNIDAD ALTERNATIVA RADICAL

MARIO MAGALLÓN ANAYA¹

RESUMEN: Actualmente los sujetos individuales, sociales, colectivos y comunitarios tienen grandes problemas para elegir cuál y qué es lo más adecuado para la construcción de una ética, una política, un sistema jurídico, un sistema económico, etc., esto, en gran medida, es resultado de un mundo global capitalista, en el que las élites capitalistas económicas globales de las metrópolis dominantes europeas y norteamericanas determinan el rumbo de nuestras sociedades. En este contexto, los derechos humanos deben convertirse en un arma de reivindicación de la clase humana explotada y reprimida por los dominadores. Lo que se trata de hacer hoy es enriquecer y resemantizar la idea de dignidad humana con justicia y equidad solidaria en libertad y democracia; desarrollar una forma alterna de tratar los derechos humanos desde un análisis filosófico práctico, es decir, desde una propuesta ontoepistémica y fenomenológica que, con ayuda de la herramienta hermenéutica analógica, pretenda construir una fundamentación ontológica que abarque tanto a la universalidad del ser humano como su contextualidad existencial. El género humano, interpretado como la humanidad, debe colocarse en el centro de todas las políticas y los derechos, sólo así podemos replantear los derechos humanos como derechos morales, éticos y políticos.

PALABRAS CLAVE: *Derechos humanos, hermenéutica analógica, dialéctica intercultural, modernidad alternativa radical, fenomenología ontoepistémica, fundamentación, dignidad humana, justicia, libertad, solidaridad.*

ABSTRACT: Currently, individual, social, collective and communitarian face great problems in determining an appropriate foundation for building an ethical, political, legal, and economic

¹ Investigador Titular del Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe de la UNAM (CIALC) y profesor de la Facultad de Filosofía y Letras de la misma universidad; sus líneas de investigación son la filosofía de la educación en América Latina y la filosofía política en América Latina. Contacto: <mariom@servidor.unam.mx>.

system. This, in a broad sense, is the result of a global capitalist system in which economic elites, found in sprawling European and American cities, determine the direction of our societies. In this context, human rights must become a tool for vindication by the repressed and exploited social classes. What is sought after today, is to enrich and supplement the idea of human dignity, with the notions of justice, equality, and democracy. Developing an alternate way to see human rights from a practical philosophic view, it means from an onto-epistemic and phenomenological proposal aided by analogical hermeneutics' tools that try to make an ontologic basis, which covers the human universality as well its existential contextuality. The human genre, interpreted as humanity must place itself at the center of all policies and rights, only this way it is possible to rethink human rights as moral, ethical and political rights.

KEY WORDS: *Human rights, analogical hermeneutics, intercultural dialectic, radical alternative modernity, ontoepistemic phenomenology, basis, human dignity, justice, freedom, solidarity.*

SUMARIO: I. Dignidad humana y derechos en un mundo global; II. Modernidad: dignidad humana ética y derechos.

I. DIGNIDAD HUMANA Y DERECHOS EN UN MUNDO GLOBAL

La filosofía hermenéutica analógica dialéctica e intercultural de los derechos humanos² mirada desde la modernidad alternativa radical es una reflexión filosófica crítica sobre los fundamentos ontofenoménicos de los derechos humanos, del ser

² ¿Por qué la utilización de la hermenéutica analógica dialéctica e icónica, en investigaciones de este carácter, especialmente, en el estudio de los derechos humanos? Porque la hermenéutica analógica dialéctica e icónica supone una idea del ser humano libre, pensante, consciente, responsable, intérprete, crítico, pero además, prudente. Es la reflexión de un ente que puede deliberar libremente, dialogar y poner en común problemáticas filosóficas, políticas, antropológicas e históricas, etc., para discrepar para comprender y hacerse comprender en el análisis dialéctico y dialógico de los problemas que afectan a la existencia humana y a sus condiciones de vida y de existencia. Mauricio Beuchot considera que: “Eso es lo que implica la hermenéutica: una idea del hombre reflexivo libre, que aporta argumentos para sustentar lo que dice y hace, lo que interpreta.

humano y de la ética desde un sujeto históricamente situado en una realidad histórica, concreta, material; que busca analizar las posibilidades del diálogo intercultural y de comunicación horizontal en un escenario de sociedades asimétricas, en el mundo globalizado neoliberal capitalista, en una relación intercontextual de imperativos categóricos: *sistémicos* y *asistémicos*, *simétricos* y *asimétricos* dentro de un horizonte histórico, antropológico, intercultural, colectivo y comunitario como construcción de sentido y significación en el proceso de la globalización neoconservadora liberal, económica, política y social construida sobre la base de una analogía paradójica entre los derechos humanos de la tercera generación, de la solidaridad y de la ética social y la colectiva, con la cuarta generación de la ciudadanía, de la conservación del medio ambiente, de la ética ecológica, del sujeto social, etcétera.³

Para tal objeto utilizaremos como inferencia analítica la herramienta de método de la hermenéutica analógica dialéctica e icónica, porque

En efecto, la hermenéutica analógica tiene, gracias a la noción de analogía, un aspecto dialéctico. La analogía tiene una dialéctica detrás de ella, o que la acompaña. No es una dialéctica como la hegeliana, que llega a una síntesis, asunción y superación de los opuestos, sino una dialéctica que no concluye, que no lleva a los opuestos a una síntesis perfectamente conciliadora. Tiene una conciliación frágil y hasta trágica. No es como la dialéctica de Hegel, sino como la de Heráclito, Empédocles, Cusa, Bruno, Kierkegaard, Nietzsche

Además una hermenéutica analógica supone un ser humano prudente, que la analogía es proporción, y la prudencia es o *phronesis* no es otra cosa más que la proporción hecha carne propia, la analogía hecha vida nuestra”. Esta es la expresión de un ejercicio del pensar hermenéutico, dialéctico y dialógico. Mauricio Beuchot Puente y José Barrientos Rastrojo, *La filosofía aplicada según la hermenéutica analógica*, México, Editorial Torres Asociados, 2013, p. 78.

³ Cfr., Ana Luisa Guerrero Guerrero, “Derechos humanos y ciudadanía en América Latina”, *Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos*, CIALC/UNAM, 2010, pp. 109-139.

y Freud. Es decir, Heráclito plantea la coexistencia de los opuestos, como el fuego y el leño, el arco y la lira; y no la reconciliación. Los opuestos viven de su propio conflicto en tensión; conservan sus propiedades antitéticas y de su propia lucha va surgiendo su mutua colaboración. Acaban por trabajar el uno para el otro.⁴

Es necesario advertir que la hermenéutica beuchotiana es un instrumento metódico analógico dialéctico y dialógico abierto que busca el punto medio, no la positivización cientificista, pero, tampoco la relativización subjetivista, equivocista y personal del saber, sino de la realidad dialéctica y crítica en un horizonte de sentido y de significación. Este es un esfuerzo de la filosofía hermenéutica analógica e icónica porque a través de ella se busca alcanzar la objetividad de la verdad dialécticamente analizada, a través del punto medio, del equilibrio y de la frónesis; por ello, no se busca la absoluta razón, sino la construcción dialéctico-procesual que incide en la filosofía, la historia, la literatura, la política, la economía, la antropología, la cultura; en la ciencia y la técnica y la tecnología; en los derechos humanos, la ética, etcétera.

La hermenéutica analógica dialéctica e icónica beuchotiana-mexicana, no sólo es un método consistente y riguroso para atender los problemas que nos ocupan, sino un instrumento filosófico para reflexionar sobre el mundo de la vida, de la existencia y de la condición humana en el mundo, en su temporalidad, en la oquedad de la existencia, de la vida en un mundo en crisis permanente y hasta hoy sin superación. Es allí donde la prudencia “tiene que ver mucho con la noción de aplicación y, siempre es buscar la relación de algo particular, como es el texto, con algo universal, como es la tradición”,⁵ que como factor epistemológico y ontológico, tiene

⁴ Mauricio Beuchot Puente y José Barrientos Rastrojo, *La filosofía aplicada según la hermenéutica analógica*, México, Editorial Torres Asociados, 2013, p. 74.

⁵ Mauricio Beuchot, *Frónesis, Analogía y hermenéutica*, México, Seminarios: Facultad de Filosofía y Letras/UNAM, 2007, p. 85.

que ver con la contingencia, es decir lo que no es todavía, pero que puede ser de otra manera. Porque,

Nunca quizá como ahora se intensifica la vivencia de historicidad y temporalidad: de fin y comienzo de algo nuevo, de algo que parece traer consigo una singular “otredad” y, con ello, la experiencia del devenir acentuada en su constitutivo-no-ser: de lo que *ya no es*, y lo que *no es todavía*. Se acrecienta, así, la angustia ante la indeterminación e incertidumbre del futuro, ante su vacío y cuanto lleva de imaginable e imprevisible. Pero al mismo tiempo, crece también el temor ante aquello del porvenir que se va esbozando en múltiples rasgos de amenaza y peligro; de algo que quebranta cimientos profundos, estructuras fundamentales de nuestro mundo conocido, el que históricamente hemos *habitado*. Las dos cosas son ciertas: lo imprevisible y, a la vez, lo previsible de aquello que se avecina. Estamos ante el momento crucial en que se abre un hiato temporal entre dos eras, en que se percibe tanto la oquedad del cambio como las desafiantes prefiguraciones del porvenir.⁶

Este mundo de retos y de posibilidades, como se percibe, no parece ser nada simple, porque es de una complejidad inusitada que requiere de un instrumental hermenéutico analógico interpretativo y explicativo que puntualice y potencialice las posibilidades dialécticas de interpretar y explicar críticamente lo que se vive en una multiplicidad de tiempos y espacios, donde los sujetos individuales, sociales, colectivos y comunitarios tienen grandes problemas para elegir cuál y qué es lo adecuado y correcto ética, política, social, cultural y económicamente en el mundo global capitalista; donde los gustos y las decisiones ya han sido decididas por las élites económicas globales de las metrópolis dominantes europeas y norteamericanas, donde quedaría incluidas, las de Oriente, especialmente,

⁶ Juliana González, “Sobre el porvenir del *homo humanus*”, en León García Soler (coord.), *La palabra y los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, p. 203.

China,⁷ en este mundo de saberes consensuados a través de formas subliminales difundidas en de los medios: TV, radio, cine, periódicos y revistas como algunas de las redes sociales, las que no dejan de estar vinculadas e influidas ideológicamente por los intereses del capital, del Estado-nacional y del Estado Global, de las empresas globales y de los grupos de interés económico mundial, no obstante la amplia libertad y “democracia” con que operan.

Es obvio que el mundo actual presenta un futuro amenazante, porque ha cambiado el sentido común del sujeto y de la sociedad, o, porque ¿ya no hay sentido común? porque ya no existe el tiempo suficiente para meditar y reflexionar críticamente nuestras ideas, decisiones y acciones; en una realidad mundial donde los medios de vida dominantes en las sociedades, comunidades, colectivos, grupos e individuos son de muy diverso carácter, pero sin fines éticos, es decir, sin una teleología éticamente humanista correctamente orientada, donde el centro sea el ser humano: la humanidad toda. En la coyuntura parece dominar una visión inmediatista que impide mirar con claridad hacia donde se quiere ir.

⁷ El destacado y reconocido diplomático y economista, el maestro Arturo González me ha permitido hacer esta afirmación, cuando al respecto de China señala que: “Pensar en las perspectivas de la relación entre México y China no puede desvincularse de las realidades geopolíticas de esta segunda década del presente siglo que se distingue por dramáticos cambios en el escenario económico, político y militar mundial que apunta a reacomodos en el poder mundial. Estamos viendo pasar ante nuestros ojos el estancamiento europeo y la lenta recuperación de los Estados Unidos posteriores a la crisis financiera, *al tiempo que testimoniamos la permanencia de China como la segunda fuerza económica global a pesar de que ha ajustado su explosiva expansión de las décadas recientes, a tasas menos espectaculares.* [...] La preponderancia económica china, tanto como productor de todo tipo de bienes, como gran consumidor de materias primas, es una situación que trae aparejada *ipso facto* una serie de responsabilidades internacionales propias de las potencias ya que directa e indirectamente afectan al comercio internacional, los movimientos de capital, la estabilidad monetaria y obviamente las relaciones de poder”. *Relaciones México China: “Intermedio luego de dimensionar el tamaño de China en el mundo”*. México, Cd. Universitaria, 19 de junio de 2014, p. 1. [N. E. Las cursivas son del autor].

En la actualidad se está construyendo un futuro, desde un presente con grandes inconsistencias teóricas, lógicas y epistemológicas, sin fundamentos históricos, políticos, sociales y culturales orientadores. La promesa de la modernidad occidental y el desarrollo de la razón tecnológica instrumental, del “conocer para dominar” y “dominar para conocer” a la naturaleza y al ser humano, de raíz baconiana, se ha cumplido con creces, empero, esta invención humana se ha vuelto contra su creador y el daño se vuelve a veces, aunque no siempre proporcional al logro y a la supuesta emancipación humana de la ciencia, la técnica y la tecnología, lo cual se ha tornado en una nueva modalidad de esclavitud y vasallaje, de sumisión trágica y fatal al mundo del “progreso” de la modernidad occidental europea, para convertirse en una amenaza, lo que impide prever la mayor destrucción que el progreso de la modernidad ha ejercido sobre sí mismo y sus obras.

El esfuerzo y el fallido intento de la transformación de la condición humana ha llevado, al mismo tiempo, a su sometimiento a través de los procesos de la industrialización, de la aplicación de la ciencia y la tecnología, los que han convertido en rehenes a los seres humanos, predestinándolos a la destrucción y a la muerte. La gran amenaza es el colapso y destrucción del planeta, ante los resultados de daños irreversibles a la ecología, a la biósfera, al medio ambiente y a la vida originados por los éxitos científicos y tecnológicos.

Sin embargo, ante el riesgo de la destrucción total se oponen poderosos impulsos nuevos en favor de la sobrevivencia, aunque las estrategias y alternativas no son claras y algunas apenas son pergeñadas. Ante esto, dónde quedan los derechos humanos; previamente a ellos, lo más importante es la defensa de la sobrevivencia del ser humano. Es una extraordinaria propuesta de posibilidad y de oportunidad para la creación de una necesaria producción de bienes para la sobrevivencia y ampliar las posibilidades de cura no sólo espiritual sino también material; es decir, en los diversos órdenes políticos, sociales, económicos, como, a la vez, la cura del ser huma-

no en su *ethos* propio, en una proyectiva propuesta, donde el género humano se coloque como centro y las innovaciones tecnológicas y las tecnociencias se orienten hacia la salvación de la humanidad.

Empero, todo parece indicar que estamos ante una encrucijada histórica, donde el dilema permite anunciar:

*Una nueva Aurora de la libertad humana o por el contrario su ocaso o muerte. [...] Se trata de cambios que conllevan a una verdadera mutación biológica y ontológica de la condición humana. [...] Múltiples son los signos, por desgracia, de que estos nuevos ofrecimientos tecnológicos ponen en riesgo extremo la existencia de lo humano del hombre, en irónico trueque de su libertad por la supuesta “felicidad” de un ente sin ambigüedades, perplejidades, conflictividades, sin la necesidad intrínseca del otro.*⁸

Ante esta realidad mundial de incertidumbre e indeterminación, donde no existen principios consistentes orientadores de las formas del ser y del pensar, es urgente hacer un alto en el camino para buscar estrategias que orienten los principios éticos, políticos y culturales y de los derechos humanos de la cuarta generación.

Estamos ante la necesidad de un nuevo saber de la condición humana y la condición ética, como también de los problemas de la libertad, de la temporalidad, la razón moral, los criterios de valor. Pero también es menester preguntarse de qué sirve el saber filosófico y el saber ético ante este proceso tan indefectible como acelerado del progreso científico y tecnológico, ante la “fuerza mayor” de la razón cibernética, ante la supuesta “perfección” del mundo virtual. [...] El peligro más grave está en que éste sea inadvertido, voluntaria e involuntariamente: se haya incluso en la tendencia, motivada por intereses de poderío y lucro, a minimizar o soslayar los riesgos. Los mayores peligros son, [...] la inconciencia de la capacidad crítica de ésta y de su alcance desmitificador. La acción filosófica mantiene viva, en efecto, la vocación de asombro y problema, que impide dar nada por consabido y, menos aún, inevitable.⁹

⁸ Juliana González, *op. cit.*, pp. 209-210.

⁹ *Ibid*, p. 212.

Para dialogar de o sobre las generaciones de los derechos humanos y con todos aquellos que se preocupen por la sobrevivencia del ser humano, de la humanidad, se requiere asumir una posición reguladora ético-política-social y de derecho que refuerce la legalidad, la legitimidad lógica y formal, de justicia, de equidad, de derecho y de juridicidad en la practicidad dialéctica e histórica concreta, que se expresa y muestra, tanto explícita como implícitamente, en la arquitectura expositiva argumental y dialógica. Es decir, no se trata sólo de probar filosóficamente los derechos humanos y la eticidad, sino, más bien, de crear un consenso fáctico y formal, en la construcción conceptual, allí donde los principios éticos-políticos y de derecho valen por sí mismos, pero que requieren ser convalidados en la práctica de la vida humana.

Ello requiere replantear los derechos humanos como derechos morales, éticos y políticos. Los derechos humanos conllevan implícitas exigencias éticas y de derecho en una comunidad política que requiere y demanda el reconocimiento, protección y garantía del Estado, de la sociedad, del poder político y del derecho igualitario comunitarista, que va más allá de la inmediatez, para convertirlos en propiedad común a todos los seres humanos, en una exclusiva del ser humano, fundada en la construcción formal y en la dialéctica filosófica entre el iusnaturalismo y iuspositivismo.

La realidad de hoy, en crisis, requiere de la apertura de nuevas fronteras en un capitalismo que demanda imaginación y creatividad para construir nuevos espacios y tiempos formales en una realidad fragmentada, que es consecuencia del rompimiento y superación de las fronteras territoriales nacionales, regionales y mundiales, por las élites económicas globales. Las formas económicas, políticas y culturales trascienden las concepciones del tiempo lineal y propician el rompimiento del pacto social creando nuevas estrategias de dominación mundial, neoliberal, posmoderna y poscolonial, en los centros del poder económico, ante una realidad donde las fronteras territoriales y transfronterizas ya casi no existen y donde dominan

fronteras virtuales, que muy poco tienen que ver con la experiencia de la población mundial y con la vida toda.

Las características del mundo de negocios y las formas especulativas de producción y de consumo muestran la falta de compromiso de las élites globales con la población mundial, este desapego es la causa de la pérdida de estas identidades fijas, porque ya no tienen un punto fijo geográficamente, sino más bien, ahora son flotantes, transfronterizas; algo similar, respecto de la identidad acontece con los individuos, las comunidades humanas, las naciones y las regiones, etc., que han sido violentadas por las metrópolis económicas del poder mundial, con el rompimiento de los lazos de las tradiciones locales, nacionales y regionales, orientadoras de nuevos horizontes ideológicos, políticos, sociales y culturales.

En consecuencia, la fundamentación filosófica de los derechos humanos tradicional es insuficiente para explicar la nueva dimensión de éstos. Se trata de enriquecer y resemantizar la idea de dignidad humana con justicia y equidad solidaria en libertad y democracia, eje regulador de las relaciones humanas, de los derechos, de las libertades, etc. Lo cual implica mostrar, descubrir y hacer presente los derechos humanos y, a la vez, poner en tela de juicio los derechos comúnmente aceptados, como el problema de la jerarquización entre ellos y con respecto de las otras cosas eminentemente humanas.

Porque, allí

Donde no habita la justicia, ni siquiera como ideal o como búsqueda, la dignidad de la persona es mera palabrería. A fin de cuentas, la justicia intenta hacer realidad esa hipotética igualdad de todos los humanos y la no menos dudosa libertad en tanto derechos fundamentales de lo individual. Derechos que son el requisito de una calidad de vida que debe ser objeto luego de la conquista individual.¹⁰

¹⁰ Victoria Camps, *Virtudes públicas*, Madrid, Espasa Calpe, 1990, pp. 33-34.

Porque la justicia, la libertad, la solidaridad, la autonomía, la tolerancia, la comunidad, etcétera, ya no son sólo, o no se deben reducir a la “fundamentación teórica abstracta”, sino a la construcción dialéctica y dialógica de aquellos aspectos que no se deciden en abstracto, sino en la concreción específica, material e histórica. Efectivamente, porque “es muy difícil señalar qué derecho humano es el primero y cuáles tienen prioridad sobre los otros. Por encima de todo se niega que la postulación de esos derechos, se puedan hacer como una cuestión de legitimidad ética, independientemente de ciertas bases económicas y políticas”.¹¹

La idea de la justicia, desde el valor de la eticidad individual y colectiva, en este sentido de la practicidad, es esclarecer las razones y los motivos para mejorar la práctica de la justicia de forma universal incluyente del género humano, donde se encuentra implícita la superación de la injusticia, lo cual se aleja de la supuesta e hipotética justicia perfecta, porque ello supone claras diferencias con las teorías de la justicia en general de la actualidad. Una idea de la justicia mejor ubicada está constituida por las filosofías prácticas: la ética, la antropología filosófica, la filosofía de la educación, la filosofía política en el mundo, no sólo occidental, sino también mundial.

Amartya Sen considera que

Si vivimos en un mundo local de creencias fijas y prácticas específicas el parroquialismo puede pasar desapercibido. [...] Considerar las opiniones de otros y sus razones puede ser una manera efectiva de determinar lo que la objetividad (lógico-racional) exige. Para concluir esta discusión, la evaluación de la justicia exige compromiso con “los ojos de la humanidad”; primero, porque podemos identificarnos con los otros y no sólo con nuestra comunidad local; segundo, porque nuestras opciones y acciones pueden afectar las vidas de otros aquí y allá; y tercero, porque los que los otros ven

¹¹ Mauricio Beuchot, *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo XX, 1993, p. 25.

desde sus respectivas perspectivas históricas y geográficas pueden ayudarnos a superar nuestro propio parroquialismo.¹²

En este sentido puede decirse que reflexionar en torno a los derechos humanos y la justicia apunta hacia una tensión entre lo particular y lo universal, lo individual y lo colectivo, lo inmediato y lo trascendente, lo local y lo nacional, la hegemonía y la contrahegemonía, etcétera, lo cual lleva al problema de la globalización y de la hegemonía. Todo esto complica la interpretación de los derechos humanos que impide o hace muy difícil la síntesis cultural de ellos en la unidad de la diversidad y de la diferencia.

Mi tesis es que mientras que los derechos humanos sean concebidos como derechos humanos universales tenderán a funcionar como localismos globalizados en una forma de globalización desde arriba. Para poder funcionar como una forma de globalización cosmopolita contrahegemónica, los derechos humanos deben ser reconceptualizados como multiculturales. Concebidos como han estado, como universales, los derechos humanos siempre serán un instrumento de lo que Samuel Huntington llama el “choque de las civilizaciones”, es decir, de la lucha de Occidente contra el resto del mundo, del cosmopolitismo del Occidente imperial contra cualquier concepción alternativa de la dignidad humana que esté socialmente aceptada en otra parte.¹³

En este sentido el problema de los derechos humanos es el lugar de la elucidación desde donde se expresan los intereses, desde un espacio de enunciación radical sin marginalización, ni exclusiones de nadie ni de nada que afecte la existencia, la vida misma, allí donde la inclusión de la totalidad del género humano se convierta en una realidad, ello deberá ser el hipotético teórico epistémico orientador de este pensar. Nos encontramos en una realidad en la cual es necesario reconocer y asumir la ductilidad del capita-

¹² Amartya Sen, *La idea de la justicia*, México, Taurus, 2010, p. 159.

¹³ Boaventura de Sousa Santos, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Uruguay, Trilce, 2010, p. 67.

lismo, que le ha permitido mantener el control y la hegemonía en el mundo. El sistema capitalista lejos de agotarse ha alcanzado un nuevo esplendor. Tras la caída del bloque socialista y la crisis de las naciones en desarrollo, el capitalismo se presenta como la única opción para el ser humano; es allí donde los derechos humanos son profundamente violentados, no obstante la exigencia y respeto por las organizaciones internacionales, en el fondo lo que está detrás es el mercado total, tan acariciado por el neoliberalismo, desde las metrópolis imperiales y las empresas globales, basado en el hipotético falso de que los grandes problemas de la humanidad serán resueltos por el mercado total, para imponer una visión mercantil del mundo, donde todo se compra y se vende en el sistema neoliberal.

Esta ideología del mercado total permite ahora desentenderse de todas las funciones concretas de la economía. Todo se disuelve en simples expresiones mercantiles fuera de las funciones mercantiles no queda nada real. En la visión del mercado total, toda humanidad se agota en el destino de la maximización de las ganancias. Especialmente este pensamiento neoliberal puede desentenderse de cualquier compromiso con la vida humana, con la vida humana concreta, que ya no es más que un subproducto de la totalización de las relaciones mercantiles.¹⁴

La realidad mundial agobia los conceptos y categorías filosófico-políticas se han desgastado, hasta el extremo de no saber con precisión conceptual cuál es el sentido y el valor de las teorías y de los campos epistemológicos, éticos, políticos, sociales, económicos, culturales y de derechos. “El Occidente destruyó continentes, culturas y pueblos enteros. Realizó sacrificios humanos gigantescos que en su visión eran sacrificios necesarios para destruir la despotía y para traer, mediante el mercado, la libertad”.¹⁵

¹⁴ Franz J. Hinkelammert, *Crítica a la razón utópica*, San José de Costa Rica, DEI, 1984, p. 89.

¹⁵ Franz J. Hinkelammert, *Sacrificios humanos y sociedad occidental*, San José de Costa Rica, DEI, 1992, p. 38.

Por ello es necesario, en general, insistir en qué vamos a entender por derechos humanos en la actualidad, para no caer en la despotía, en las formas de control de los déspotas imperiales y de los totalitarismos y avanzar en la construcción de una ética incluyente de la totalidad del género.

Los derechos humanos son las exigencias fundamentales, morales y jurídicas, que brotan de la naturaleza y dignidad de la persona humana. Los derechos humanos tienen por fin el reconocimiento y respeto de la dignidad, valores e igualdad fundamental de las personas humanas, y la realización del bien común.¹⁶

Es importante señalar que todo ejercicio del pensar requiere navegar con la pluralidad y la diferencia en las relaciones ontofenómicas históricamente situadas; porque todo lo humano y la humanidad misma, como unidad ontológica y fenoménica, se orientan por la pluralidad, la diferencia y la diversidad en la unidad dialéctico procesual e histórica del ser humano, porque éste es el modo de ser de lo humano. La onticidad humana es el modo de ser de lo humano en la fenomenicidad de la existencia.

Considerar a lo humano sólo desde la concepción “universalista occidental”, “cosmopolita europea” es asumir formas de pensar absolutistas, unidimensionales, racistas y excluyentes, donde la pluralidad, la diferencia y la diversidad son inconsistentes formal y prácticamente, porque para la concepción europea, lo humano sólo es posible en una sola dimensión. “Más allá del capitalismo global y la modernidad occidental se requiere de una genealogía que busque los orígenes explícitos e implícitos, es decir que atienda tanto a las inclusiones como a las exclusiones para construir una concepción ‘otra’ de los derechos humanos desde la plurivocidad y el diálogo. Intercultural”.¹⁷

¹⁶ Héctor Rogel Hernández, *Diccionario de ética*, México, Porrúa, 2008, p. 35.

¹⁷ Blanca Angélica Mejía Acata, *El derecho a la diferencia como derecho fundamental en América Latina*, 2014, p. 44, Tesis, UNAM-FFyL.

El mundo histórico de la actualidad coloca a la humanidad ante una realidad de extrema destrucción de los seres humanos, de la vida socioambiental, de las relaciones humanas: sociales, políticas, económicas y culturales, de la relación del “cara a cara” de comunicación horizontal y diálogo en un ejercicio de dialogicidad entre los entes sociales y políticos. Estamos ante una crisis de contradicciones y de oposiciones, que sus consecuencias, según colegimos, van ser más negativas que positivas para la humanidad. La crisis ha constituido una estructura poliédrica de desgarramiento y de fragmentación.

Se viven tiempos de crisis negativas y profundamente fragmentadas:

Tiempos fractales son los nuestros, y la cajonera de ideologías y disciplinas con que organizamos nuestros saberes y nuestros haceres durante los últimos doscientos cincuenta años comienza a resultar un estorbo. Urge liberar la historia del fatalismo y recuperarla para la libertad. Necesitamos un pensamiento transdisciplinario, holístico, capaz de lidiar con el caos, la incertidumbre y los sistemas complejos de desarrollo no lineal. Y posiblemente también nos hace falta una remitologización de la política, un nuevo utopismoaurático que sepa provocar intuiciones totalizadoras como las del pensamiento salvaje de los premodernos.¹⁸

En este horizonte de reflexión se encuentra que la ética y el derecho tienen una complicada relación, que mirados desde la realidad de la modernidad radical, se muestra el rompimiento de las nuevas relaciones neoliberales globales en oposición de una relación solidaria con la justicia, la equidad social, la comunidad en busca del bien común.

Este problema se intensifica ante la falta de salidas de los nuevos conflictos, confrontaciones, oposiciones y contradicciones planteados a las nuevas ciencias humanas, sociales y naturales, las que están

¹⁸ Armando Bartra, *Tomarse la libertad. La dialéctica en cuestión*, México, Ítaca, 2010, p.19.

imposibilitadas de dar una respuesta y solución inmediata ante la complejidad de los problemas y las contradicciones que inciden en la construcción conceptual hermenéutica analógica interpretativa y explicativa.

Me da la impresión de que la sociedad actual, en medio de sus “clases políticas”, no puede hacer nada mejor que darse una pausa para reflexionar sobre cuestiones fundamentales: la vida, la existencia, la ecología, los derechos, las libertades, la justicia, la ciencia, la tecnología, etc. Es necesario ganar tiempo para un debate que emane de una indagación sobre las formas de organización política, social, económica y cultural del mundo. Probablemente habría que aludir a las deficiencias del personal político mundial donde se oculta un descontento global que aún no ha tomado forma; se trata de nuevas reconfiguraciones de los Estados aurorales que demandan tomar conciencia de las insuficiencias antropológicas y exclusiones racistas de alcance mundial. Por ello, en el mundo existe un problema que tensiona la reconstrucción y reconfiguración de las identidades personales y globales.

Algunos han querido “resolver” el problema proponiendo que se acabe “con las tribus”, que nos constituyamos como humanos a través de una única cultura universal. Pero la realidad de nuestra condición es tozuda a este respecto y muestra que tal tarea, aparte de que no podría realizarse más que con fuerte violencia, es en la práctica inviable, porque como sentenció Waltzer, podemos acabar con las tribus, con grupos culturales concretos, pero no con la condición de tribalidad, por lo que la multiplicidad –y el reto por encontrar una convivencia armónica para la misma– volverá a aparecer. Es decir, no se trata de acabar con la tribalidad, sino con el tribalismo destructor, mal de la violencia entre grupos culturales, sino a potenciar la creatividad y la riqueza que puede suponer la diversidad de los humanos. En cualquier caso queda manifiesto que lo es ocasión de riqueza de bien –construcción de identidades en la diferencia– es ocasión de tentación de mal –pretender construir las dominando o aplastando a los otros–: no podemos

abordar lo primero sin afrontar lúcidamente lo segundo, que estará inevitablemente presente.¹⁹

En este escenario complejo destacan, en oposición al supuesto relativismo y subjetivismo, los valores y los derechos humanos ético-filosóficos. Esto de ninguna manera puede estar referido sólo al conflicto conceptual de las ideas puras del entendimiento, de la vieja modernidad, sino que se requiere de la construcción de metáforas donde inciden campos interdisciplinarios, transdisciplinarios y disciplinarios, lo que plantea la necesidad de navegar con la pluralidad del entendimiento y del conocimiento a partir de un horizonte ontoepistémico problematizador. Por ello hablar del conflicto de las ideas, o del uso de los conceptos, es hacer un uso normal del lenguaje para abrir un espacio reflexivo sobre la razón y el entendimiento.²⁰

El problema político fundamental, social, económico, cultural, ético y de derechos humanos está radicado en las relaciones del individuo con el Estado. La crisis de estas relaciones ha envuelto a la crisis de los valores, de la ética, en fin, de las filosofías prácticas. Es la crisis de la comunidad humana y de los valores de justicia, libertad, equidad y solidaridad. Allí donde la justicia es la organización más o menos regulada de las libertades, las cuales no se dan en abstracto, sino en la experiencia de la vida, donde individuo y Estado son potencialmente opuestos y conflictivos y, a la vez, potencialmente complementarios, porque: “el ser humano es comunidad: el mundo es parte del ser humano”.²¹

Es necesario persistir en la reflexión omniabarcante de la ética en los diversos campos de las humanidades, las ciencias sociales y de

¹⁹ Xabier Etxeberria, “El mal en las dinámicas identitarias”, en Marina González Martínez (coord.), *El mal y sus discursos. Reflexiones para una visión ética del mundo*, México, Tecnológico de Monterrey/Miguel Ángel Porrúa, 2007, pp. 48-49.

²⁰ *Cfr.*, Eduardo Nicol, *La vocación humana*, México, El Colegio de México, 1953, p. 90.

²¹ *Ibid*, *loc. cit.*

los derechos. Cuando se piensa en ética, refiere al bien, la felicidad, la virtud, la justicia, al bien común, pero muy pocas veces se navega con sus opuestos: el mal, la infelicidad, el vicio, la injusticia...; normalmente se piensa a los primeros como nociones absolutas y universales.

Desde el horizonte filosófico de la modernidad alternativa y radical se busca una síntesis dialéctica abierta de lo negativo y de lo positivo, buscando el punto medio, de la temperancia, de la *fronesis* para buscar trascender las pretensiones esquemáticas unificadoras de la filosofía y de la éticas tradicionales y las fragmentadas, personales y subjetivas.

La filosofía moderna no puede concebir la violencia, el mal más como negatividad, es por ello que necesitamos otra idea de filosofía que no busque ser un sistema unificador, dicotómico. El racionalismo tiene una tendencia unificadora del mundo al que hay que marcar límites, porque para poder plantear una forma de pensamiento multidimensional tenemos que partir de problematizar el estatuto epistemológico de nuestro conocimiento en general y del conocimiento antropológico en particular.²²

Por ello es necesario resemantizar una filosofía multidimensional y multidiversa, desde un núcleo y eje problematizador como fuerza ontoepistémica que la unifique en una figura conceptual de dialéctica abierta en la totalidad unificadora.

Sin embargo, hablar de derecho implica la posibilidad de ser garantizado social e históricamente en la totalidad del ser humano históricamente situado, porque un ser ilimitado e infinito carece de derechos, porque el derecho en sí es una limitación, lo mismo sucede con un ser limitado, porque tampoco los tiene, porque no es capaz de superar sus límites actuales, es incapaz de novedad, pues su desarrollo está predeterminado. “La acción es la forma propia del ser actual en el hombre”.

²² Marina González Martínez, “La construcción del mal”, en Marina González (coord.), *op. cit.*, pp. 19-20.

Por esto, la excepcionalidad, en el orden de la individualidad humana, es una forma de representación histórica: *el hombre singular expresa fielmente aquello de que precisamente se distingue*. El mundo es una presencia dialógica permanente, que no logra disiparse ni desvanecerse en situaciones de mayor soledad o reclusión existencial. El carácter distintivo de la existencia histórica es la expresividad. La vida humana es expresión, es diálogo. La expresión significa comunión.²³

Por ello, puede decirse que los derechos se refieren a los hechos. Porque los derechos son también hechos, son, en una palabra, creaciones humanas. Como tales, pertenecen, sin embargo, a una distinta zona ontológica de los hechos. Un derecho es una regla de la existencia, no sólo una posibilidad determinada; y cuando no está efectivamente establecido y mantenido, un derecho es en sí mismo solamente una posibilidad consciente y deseada, por otro nombre llamado ideal.

Por ello resulta necesario distinguir los niveles ontológicos para determinar el nivel adecuado de la existencia humana actual, como el fundamento de sus posibilidades garantizadas social y legalmente. De donde se puede derivar el valor de la libertad como hecho y como derecho.²⁴

La historia es el hecho de la libertad. Esto nos llevaría a llamarla *faciendi* más bien que *factum*, porque la historia es un devenir. Su movimiento no sólo va del presente hacia el futuro, sino también muy persistentemente, del pasado hacia el presente. El pasado no es estático, aunque lo hecho sea irreparable, sino integrado en la dinámica general de la existencia. El tiempo rehace el pasado; lo rehace cada vez que emprendemos un nuevo camino, algo que nunca se hiciera antes; cada vez que actualizamos alguna potencia insospechada. Toda actualidad vital contiene una potencia, y este [*sic*] sería el nombre apropiado del presente ontológico. Cada presente emerge de un pasado, no sólo en la continua secuencia del tiempo, sino porque el [*sic*] presente existencia selecciona del pasado algo

²³ *Ibid.*, p. 273.

²⁴ *Ibid.*, pp. 272-273.

que está vivo todavía, a la vez que rechaza otras cosas que parece haber perdido su potencialidad de la vida.²⁵

La humanidad hoy cuenta con criterios y formas de medida axiológicas laicas universalizables por su considerable amplitud incluyente, generalidad y racionalidad expresos en la *Declaración Universal de los derechos humanos*. Porque el ser humano es historia y en tanto que es su devenir, no olvidan su venir a ser onto y fenoménicamente como hecho de necesidad y de libertad.

Empero, según Karl Marx, la verdadera historia y la conciencia de clase han vivido

Los dos últimos siglos vivieron bajo esa avocación. La historia tenía, [...] un sentido, era realización de un sueño que se presentaba en varias escenas. A menudo expresaba un anhelo de transformación que se resumía en una palabra: revolución. Todo debía empezar de nuevo, desde cero; había que construir un “hombre nuevo” que erigiera la sociedad para siempre emancipada. Nada suscitó más horror ni más esperanza que ese sueño. Por él dieron su vida millones de hombres. [...] “revolución” y “Progreso” fueron las dos palabras que mencionaban un mismo sueño de la razón. Pues bien, ese sueño parece haber terminado. Después de la opresión colonial en nombre de la civilización; luego de dos carnicerías mundiales bajo el lema de la libertad; después de la degradación de la naturaleza por obra de la tecnología, ¿quién puede pronunciar sin un dejo de ironía, la palabra “progreso” [...] Pero la decepción más hiriente ha sido el despertar del sueño revolucionario. La anunciada emancipación del hombre condujo, en la realidad, a una atroz barbarie en los países que la intentaron; la apuesta por la igualdad llevó a la opresión; el anuncio del hombre renovado, a una nueva forma de esclavitud. El sueño se había convertido en pesadilla.²⁶

²⁵ *Ibid.*, p. 273.

²⁶ Luis Villoro, *De la libertad a la comunidad*, México, Tec de Monterrey/Ariel, 2001, pp. 20-21-22.

II. MODERNIDAD: DIGNIDAD HUMANA ÉTICA Y DERECHOS

En la historia de los dos últimos siglos se dio la instauración de la razón en una sociedad hipotéticamente emancipada, digna del ser humano. Era la afirmación de la libertad, por medio de la cual, según Kant, éste “alcanzaría la mayoría de edad para valerse de su propia razón”. Empero, con el despegue del capitalismo, se da, a la vez, la explotación y la liberación de los seres humanos; la potenciación del individualismo y la libre competencia y del mercado; la mediación de la existencia humana, para convertirla en objeto cosa utilizable y prescindible. Por ello, como apunta Vargas Lozano, el ser humano “tiene que habérselas con eso que llamamos cosas reales”.

La modernidad es una forma contradictoria, contraria y opuesta a la recuperación ética y humanitaria del ser humano en la realidad y en el mundo, aunque su obstinación era liberarlo de las inmediatas del mundo de la vida, lo tiene sujetado a las formas de producción y de la reproducción de la realidad histórica. No obstante que “la filosofía se ha propuesto, frente a las profundas desigualdades y contradicciones de la sociedad un ideal de justicia. En otras palabras, la filosofía ha cumplido una función normativa al proponer las características que deberá asumir una mejor organización de la sociedad”.²⁷ Sin embargo existe el permanente peligro de revertirse con injusticia.

Porque el capitalismo no es un sistema para el bienestar de la humanidad, sino de la competencia y de la ganancia; su verdadero rostro depreda la vida, la naturaleza, el ser humano y la obra humana toda hasta reducirla a sólo mediación de los procesos, donde ya no es el sujeto de la historia: en el mundo donde ya no existen normativas, todo se vale; es decir, ya no existen reglas ni principios éticos, políticos, sociales y económicos regulativos de las

²⁷ Gabriel Vargas Lozano, *Filosofía ¿para qué? Desafíos de la filosofía en el siglo XXI*, México, UAM-Iztapalapa-Itaca, 2012, p. 34.

relaciones sociales humanas, expresión clara de la injusticia y la violencia estructural del sistema capitalista neoliberal. Porque “la injusticia se acerca a la justicia escuchando la significación de las experiencias de miseria material o de humillación moral, como si el sufrimiento de esas experiencias (fuera el secreto) en la justicia”.²⁸

Así, “en el siglo XVII se inicia la configuración de una nueva forma de entender la constitución de la sociedad civil (como) alternativa al absolutismo: el *iusnaturalismo*. La tesis de que el hombre al nacer ya tiene una serie de derechos y que estos configuran un contrato llamado *sociedad civil o política*”²⁹ será la vía constituyente del iuspositivismo, avanzada histórica y política, que rompe con los universalismos metafísicos incapaces de explicar y entender el mundo de la vida y de la historia ontofenoménica del sujeto social.

Así, puede decirse que los derechos humanos en la actualidad forman parte del campo del derecho, de la filosofía y de la moralidad en una relación dialéctico-conceptual, lo cual ha sido un partea-guas en la historia del derecho, pero sobre todo de la Humanidad: la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* es el marco esencial, el cimiento para la salvaguarda de los derechos universales inherentes al ser humano. Para ello se requiere abordar y desentrañar, desde la iusfilosofía las bases ontoepistémicas de los derechos humanos, del ser humano como sujeto de derecho y de la fundamentación hermenéutica filosófica, ontológica y jurídica, con pretensión de alcance universal a través de los tratados nacionales e internacionales, los cuales deberán ser aplicados y respetados con la intención ontofenoménica de perseverar, en la defensa de la justicia, la equidad solidaria del derecho concebido como universalizable en el mundo. Porque:

El mundo de hoy demanda el reconocimiento y aceptación universal, de los principios y derechos humanos que regulan las relaciones humanas, sociales, económicas, políticas y culturales a través

²⁸ Reyes Mate, *Tratado de la injusticia*, Barcelona, Anthropos, 2011, p. 9.

²⁹ *Ibid.*, p. 35.

de Tratados Internacionales. De otra forma, las sociedades y las organizaciones sociales que han sido perpetradas con tal vileza y perversión, por los individuos que violentan las leyes y los tratados internacionales, [...] perjudican al género humano, y (lo peor) muchas de las veces quedan impunes, por ello es apremiante establecer una jurisdicción universal de Derecho, para que aquellos sujetos que quebranten los Derechos Humanos y la juridicidad, sean juzgados y sancionados, por violentar el bienestar, la salud y la paz mundial.³⁰

Así, la abundancia del derecho internacional de los derechos humanos, se ha constituido en la expresión muy especial de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948. Lo cual implica el pacto de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, “con el propósito de prevenir y de relacionar temas y problemas específicos: la discriminación racial, de la mujer, de los derechos de los niños, de los pueblos indígenas, del genocidio, de la tortura, de la protección del medio ambiente, etc.”.³¹

Es importante hacer notar que

El Derecho Internacional de los Derechos humanos es: *el cuerpo de reglas internacionales, procedimientos e instituciones elaboradas para implementar las ideas de que toda nación tiene la obligación de responder a los derechos humanos de sus ciudadanos y que las otras naciones y la comunidad internacional tiene la obligación y el derecho de vigilar el cumplimiento de esa obligación.*³²

Es necesario señalar que la pretensión de universalidad está vinculada con los derechos humanos, con su fundamento ontológico y ético en la fenomenicidad transida de particularismos. Pero aquí

³⁰ Mario Magallón Argüelles, *El Estatuto de la Corte Penal Internacional y su Incompatibilidad con la Constitución Política Mexicana*, México, 2013, p. 7, tesis, Facultad de Derecho de la Barra Nacional de Abogados.

³¹ *Ibid.*, p. 2.

³² Alejandra Montoya Mexia, *El Estatuto de la Corte Penal Internacional y su incompatibilidad con la Constitución Mexicana*, México, Ángel editor, 2007, p. 29. [N. A. Las cursivas son de la autora].

nos encontramos con el problema de cuestiones de método, donde las formas inductivas tienen la pretensión de alcanzar principios auténticamente universalizables lógico-formales.

Esto es una amplia discusión intercultural apenas iniciada en los diversos campos teóricos y epistemológicos, lo que hace posible construir conceptos y categorías de certeza y facticidad en la dialecticidad procesual, en la construcción dialógica de formas discursivas, todo lo cual merece ser llamado como lo universal ético y práctico de la ética y de los derechos humanos. Lo cual implica una reflexión antropológica humanista que requiere reconstruir la vida humana en la realidad de una época como un ejercicio paidético. Es decir, que

Por limitados, controversiales y perfectibles que sean los derechos humanos, sobre todo desde las perspectivas del multiculturalismo, ellos son los principales e irreversibles parámetros éticos, ético políticos y ético jurídicos de carácter laico, humanista y racionalidad que ha aportado la modernidad a la historia universal. Constituyen, en efecto, la “tabla de valores” de nuestro tiempo. La autoconciencia crítica de sus límites forma parte de lo que ellos mismos posibilitan e incluso propician.³³

Desde la perspectiva filosófica, ética y de derecho es posible relacionar los derechos sociales, políticos, económicos, jurídicos y sus vínculos con las diversas áreas del derecho, de la dignidad humana, de los campos del conocimiento de la obra humana y de las relaciones de convivencia social; allí donde la dignidad de los seres humanos puede ser vulnerada y requerir de protección y tutela del Estado y de las instituciones nacionales e internacionales de derechos.

En este sentido, la infracción o violación de los derechos humanos es no sólo un quebranto legal sino también ético de los valores humanos y, de manera más radical, compromete la propia condición humana. Y ésta se cifra, en definitiva, en la naturaleza libre y co-

³³ Juliana González Valenzuela, *Genoma humano y dignidad humana*, España FFyL/UNAM/Anthropos, 2005, p. 62.

munitaria del hombre, en su constitutiva igualdad, su racionalidad, su individualidad y su diversidad. Se trata, es verdad, de valores, ideales y virtudes que gravitan todos en torno a la idea central de *dignidad humana*.³⁴

Ante esta realidad, reconstruir la vida humana permite observar la debilidad ético conceptual y de derechos como base del pensamiento racional. El desarrollo intelectual en derechos y obligaciones requiere de una fundamentación filosófica y ética de una paidética que implica una filosofía y una humanización del ser humano.³⁵ Porque toda filosofía es filosofía de la educación. La filosofía de la educación tiene la impostergable tarea de reflexionar sobre el importante papel de educar, porque educar es gobernar. Allí donde la pedagogía de la realidad implica la autopoiesis y gobierno ético de la vida humana en la unidad ontológica del ser humano y de la diversidad óntico-fenomenológica de la alteridad como ente situado históricamente.

Es decir, se trata de un cuerpo de doctrina que permite transitar por los diversos campos de las humanidades, las ciencias sociales y naturales.

Es una filosofía de la alteridad que aplica los valores de equidad, justicia, autonomía y libertad en relación de interdependencia y de las interinfluencias entre las diversas formas de concebir la filosofía en general y las filosofías prácticas en particular. Es la reflexión dialógica de intercambios e interrelaciones, entre formas culturales y filosóficas y por extensión entre las políticas de la filosofía (en el mundo globalizado).³⁶

En la nueva concepción de dignidad humana están implícitos: posición, decoro, prestigio, dignidad, aprecio, precisión, reconoci-

³⁴ *Ibid*, p. 63.

³⁵ *Cfr.*, Samuel López Olvera, *Una propuesta paidética desde la filosofía de Xavier Zubiri*, Toluca, 2014. Tesis, Instituto de Ciencias de la Educación del Estado de México.

³⁶ Mario Magallón Anaya, *Filosofía y política mexicana en la Independencia y la revolución*, México, Quiviría, 2013, p. 121.

miento, mérito, alto rango existencial. Lo que parece tener significado en diversos órdenes: axiológicos, ontológicos, éticos, jurídicos, políticos y sociales. Allí donde la dignidad está cifrada por la libertad; donde dignidad, libertad y humanidad están *co-implicados* dialéctica e históricamente. En este sentido, puede decirse que los derechos humanos en el mundo actual tienden a superar la fragmentación de la condición humana y de la vida. Así,

Los derechos humanos expresarían la superación de toda fragmentación y de la condición humana; el impulso de la moralidad, como emergencia y como resistencia, no podría ser entendido al margen de aquellos derechos, y el lenguaje de ese mundo que pretendemos que sea nuestro mundo no alcanzará una real fuerza discursiva si no asumimos la utopía. La exigencia de los mundos posibles surge de una injuria radicalmente profunda, oculta en los pliegues mismos de los códigos de las legislaciones de los pueblos. Nadie nos puede negar el derecho de soñar en un cielo puro de derecho, que nada tiene que ver con un Kelsen. Es, por todo lo que venimos diciendo, un saber y una praxis de denuncia de las variadas formas de perversión teórica con la que se distorsiona la relación mundo-lenguaje, tal como se la ejerce en el acto mismo de la negación de los derechos humanos, como sucede en aquellos para los que, desde la aristocracia del ser, el resto de los humanos constituye el mundo de lo banal. Digamos que la banalidad, más no por ello se pierde la índole humana, también podemos perderla desde las honduras del filosofar.³⁷

La dignidad humana define al ser humano tanto en su ser como en su valer. Es decir, el ser humano vale por lo que es en sí mismo y por lo que vale cualitativamente como humanitas, como aquello que le da especificidad diferenciadora, como un centro móvil capaz de ascender y descender fenoménicamente en lo ético y lo ontológico. Allí donde el ser humano es un fin en sí mismo, nunca es medio u objeto de manipulación. El tiempo de hoy ha dado grandes

³⁷ Arturo Andrés Roig, "Condición humana, derechos humanos y utopía", en Horacio Cerutti Guldberg y Rodrigo Páez Montalbán, *América Latina: democracia, pensamiento y acción*, México, CCyDEL/UNAM/Plaza y Valdés, 2002, p. 112.

pasos éticos, políticos, sociales, económicos y culturales de ilimitada trascendencia histórica al buscar superar las estructuras atávicas de dominio y cosificación del ser humano por otro ser humano; en la actualidad se transita hacia el reconocimiento de la dignidad humana orientado por los derechos y los valores humanos.

Sin embargo, en el sistema mundial se han globalizado las desigualdades, la pobreza, las exclusiones, la miseria, la desesperanza, la explotación, el subdesarrollo económico, científico y tecnológico, pero, de forma muy particular, la violencia en sus muy variadas y diversas expresiones: materiales, simbólicas, icónicas, psicológicas, lingüísticas y de escritura, así como la más diversa gama de expresiones sociales, políticas, sociológicas, culturales, etcétera, lo cual se expresa a través de los problemas de género, corrupción, narcotráfico, inequidad, desigualdad, injusticia y falta de una práctica ética y comprometida y responsable con el otro en las relaciones de alteridad, entre nosotros y los otros, como del género humano.

Donde la violencia es el espacio en que se da el fin de la razón y de la racionalidad para imponer las prácticas del poder unidimensional a nivel mundial desde un proyecto neoliberal global regido por la macroeconomía y la economía política de relaciones desiguales no democráticas. Walter Benjamin había señalado que se ha roto la armonía entre el ser humano y la naturaleza, las sociedades y el mundo; los imaginarios equilibrios de la modernidad no existen o, según nuestro entender, nunca existieron, donde el progreso automático, infinito y constante, nunca existió, donde la historia tampoco es progresiva y unidireccional.

Según Benjamin esta ruptura trágica entre el ser humano y la naturaleza puede apreciarse de forma fantástica en la pintura de Paul Klee titulada el *Ángelus Novus*, caracterizada por los “ojos desorbitados”, “boca abierta”, “alas tendidas”, esta no es otra que la caracterización del “Ángel de la historia”. Es decir, ese que se muestra y se hace presente, con “su rostro que está vuelto hacia el pasado. En lo que para nosotros aparece como una cadena de acon-

tecimientos, él ve una catástrofe única, que arroja a sus pies ruina sobre ruina [...]”. Pero el ángel de la historia busca “detenerse, despertar a los muertos y recomponer lo destruido.” Empero, un fuerte “huracán [...] lo arrastra irresistiblemente hacia el futuro. Al cual vuelve las espaldas. [...] Este huracán es lo que nosotros llamamos progreso”.³⁸

La historia y el progreso está permanentemente jalonado por los modos de producción y las fuerzas productivas, donde el tiempo históricamente no es uniforme, sino desigual, ese ha sido el modo del acontecer histórico, hasta arribar a la historicidad global de los grandes acontecimientos de destrucción y muerte del siglo XX, de explotación, miseria, destrucción, desigualdad, injusticia, etc.

Todo ello es consecuencia del reparto inequitativo y desigual de la riqueza, de la justicia social y de los derechos humanos. Es la experiencia de la crisis, de la práctica axiológica en el caos mundial. La aceleración y la expansión de las finanzas a lo largo y a lo ancho del planeta ha frenado, e incluso derruido, la imaginación creativa de millones de personas que creyeron ver en el portentoso poder económico norteamericano el nacimiento de una nueva era en las bolsas de valores, una nueva fuente de bienestar compartido y, hasta hipotéticamente, en cierta medida democrático.

Por otro lado, las empresas transnacionales globales aceleraron su marcha mundial y propiciaron la apertura de los fabulosos mercados de Oriente, a las vez que acentuaron el perfil productivo mundializado; estos principios liberales de soberanía y de autodeterminación de los Estados-nacionales, considerados, en otros tiempos, el eje articulador de la política y de la economía internacional, habían sido cuestionados décadas antes por sociólogos, politólogos, economistas, entre muchos otros pensadores.

³⁸ Cfr., Walter Benjamin, *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*, México, Ítaca/UACM, 2008, pp. 44-45.

En la cultura, en la difusión y la apropiación de principios, de valores y de ideas es donde se da con mayor profundidad el proceso de globalización, no sólo como tendencia real dominante, sino, particularmente, como narrativa del fenómeno capaz de estimular la imaginación colectiva y concitar las más variadas y encontradas reacciones nacionalistas, defensivas unas, cosmopolitas, agresivas, o entusiastas otras, ante el nuevo mundo que se va haciendo presente. Empero, todas estas reacciones tienen el registro de la impronta de raíz global, tanto en sus orígenes como en sus implicaciones, independiente de sus significados contradictorios y autonómicos. Así:

La globalización de los medios tiende a la reducción de la densidad intelectual de la información, a su transferencia de noticias de razones a noticias de sensaciones, donde las audiencias y las circulaciones masivas sean más importantes en términos de clientes potenciales para los productos que anuncian que para que se vayan formando una opinión, a través del conocimiento, que les permita debatir los temas que les son relevantes y tomar las decisiones que les sean significativas.³⁹

En la realidad global neoliberal la concepción de justicia con equidad ha sido estudiada por filósofos y teóricos políticos; en el análisis de los derechos humanos la justicia, la equidad, la solidaridad y la autonomía está implícito el principio de tolerancia, el cual debe ser entendido como el respeto por la diversidad, la diferencia, la pluralidad de ideas o formas de pensar, de creencias religiosas, políticas, culturales, sexuales y de género, del reconocimiento de las minorías étnicas, políticas, sociales y culturales.

Por ello, la tolerancia del liberalismo ilustrado de la modernidad es ya insuficiente, porque ya no puede ser: “dejar hacer y dejar pasar”. Por ejemplo, “te tolero, porque no me queda de otra”; “tolero que te mueras de hambre y que te humillen”, este tipo de tolerancia

³⁹ Raymundo Riva Palacio, “El desafío silenciosos”, en León García Soler (coord.), *La palabra y los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, p. 79.

es cómplice de las peores formas de relación humana y social, es un atentado en contra de los derechos humanos y sociales. La tolerancia y sus prácticas requieren resignificarse y resemantizarse de acuerdo con los tiempos, desde una praxología solidaria con equidad y justicia.

NECESITAMOS CORTARLE LA CABEZA AL REY:
ENFOQUES PASADOS, PRESENTES Y FUTUROS
SOBRE EL *SOFT LAW* INTERNACIONAL*MATTHIAS GOLDMANN¹

RESUMEN: Este artículo examina algunos enfoques contemporáneos sobre el *soft law*, tales como diversos tipos de positivismo jurídico, el realismo jurídico, la teoría o el análisis crítico del derecho y el derecho administrativo global. Se escrutina en qué medida el concepto de derecho promovido por cada uno de estos enfoques es capaz de abordar dos retos generados por la propagación del *soft law* como un medio de gobernanza: (1) el hecho de que actualmente el *soft law* internacional es con frecuencia un equivalente funcional de los tratados internacionales, y (2) las impugnaciones de la legitimidad del *soft law*. Se concluye que los enfoques discursivos que enfatizan el carácter público del derecho internacional parecen ser prometedores, porque relacionan amplios conceptos de derecho con consideraciones sobre legitimidad. Sin embargo, dado que las instituciones internacionales ejercen hoy una autoridad pública, no sólo a través del derecho *soft* o *hard* sino también a través de instrumentos no-jurídicos como la información, el artículo sostiene que en última instancia uno necesita disociar conceptualmente al concepto de derecho internacional del de autoridad pública.

PALABRAS CLAVE: *Teoría del discurso; positivismo jurídico; teoría jurídica; autoridad pública; soft law.*

* Este artículo fue inspirado por un seminario en torno a la historia y teoría del derecho internacional impartido por Robert Howse y Liam Murphy en la Universidad de Nueva York. Me gustaría agradecer a Jean d'Aspremont, John von Bernstorff, Benedict Kingsbury y al árbitro anónimo por sus valiosos comentarios. Originalmente se publicó con el título "We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present and Future Approaches to International Soft Law", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, no. 2, Cambridge, Cambridge University Press, Junio de 2012, pp. 335-368.

¹ Dr. Iur., Universidad de Heidelberg, Investigador del Instituto Max Planck para Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, en Heidelberg, Alemania. Correo electrónico: <goldmann@mpil.de>. Traducción de Pedro Alejandro Villarreal Lizárraga.

ABSTRACT: This article surveys contemporary approaches to international soft law, such as various types of legal positivism, legal realism, critical legal studies, and global administrative law. It scrutinizes to what extent the concept of law endorsed by each of these approaches is able to tackle two challenges caused by the spread of soft law as a means of governance: (1) the fact that international soft law is today often the functional equivalent of international treaties and (2) the contestations of the legitimacy of soft law. It concludes that discursive approaches that stress the public character of international law appear very promising, because they link broad concepts of law with considerations of legitimacy. However, since international institutions today exercise public authority not only through soft law or hard law, but also through non-legal instruments like information, the article argues that one ultimately needs to conceptually dissociate the concept of international law from the concept of public authority.

KEY WORDS: *Discourse theory; legal positivism; legal theory; public authority; soft law.*

SUMARIO: I. El *soft law* y el concepto de derecho internacional: Problemas y retos. II. positivismo jurídico: el *soft law* visto desde el punto de vista interno. III. Positivismo sociológico: El *soft law* visto desde el punto de vista externo. IV. Análisis crítico del Derecho: Descartar el positivismo. V. Reconstrucciones posmodernas. VI. Reconstrucciones posmodernas. VI. Hacia un concepto de autoridad pública.

1. EL *SOFT LAW* Y EL CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL: PROBLEMAS Y RETOS

Es muy conocido el hecho de que las organizaciones internacionales, ya sean las formales como las Naciones Unidas o las informales como el G8, cada vez más adoptan reglas que sus creadores no consideran como jurídicamente vinculantes, aun cuando tienen todas las características textuales de los tratados internacionales o resoluciones vinculantes de las organizaciones internacionales.² Por ejemplo, el Acuerdo sobre Créditos de Expor-

² Para diversos ejemplos y estudios de caso, véanse las contribuciones de Dinah Sheldon, (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in*

tación (*Export Credits Arrangement*) de la OCDE estipula, en un estilo cuasi-jurídico, todos los requerimientos detallados, tanto sustantivos como procedimentales, que necesitan observar los estados cuando otorgan créditos o garantías crediticias a sus empresas a fin de facilitar exportaciones a los estados en vías de desarrollo. En términos políticos, el referido Acuerdo ha sido un gran éxito. La mayoría de los estados lo acatan la mayor parte del tiempo.³ Sin embargo, la Sección 2 del Acuerdo en cita estipula que se trata de un “pacto de caballeros” no vinculante.⁴ En un nivel doctrinal, se han entendido bien las ramificaciones de las reglas internacionales que no son vinculantes, a las que se alude de manera genérica como *soft law*. El *soft law* puede evidenciar la formación de costumbre jurídica, guiar la interpretación de los tratados, autorizar la acción de organizaciones internacionales y dar lugar a deberes de buena fe como el deber de consideración.⁵ Por otra parte, la inobservancia del *soft law* no conlleva las mismas consecuencias jurídicas de una violación del derecho internacional vinculante, comúnmente denominado *hard law*. Particularmente, no genera una responsabilidad estatal, ni da lugar a una causa de acción ante la Corte Internacional de Justicia.

the International Legal System, Oxford, Oxford University Press, 2000; John J. Kirton y Michael J. Trebilcock, *Hard Choices, Soft Law*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2004; Gregory C. Shaffer y Mark A. Pollack, “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance”, en *Minnesota Law Review*, vol. 94, Mineápolis, Minnesota School of Law, 2010, p. 706; Armin von Bogdandy, et. al. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law*, Heidelberg, Springer, 2010.

³ Andrew Moravcsik, “Disciplining Trade Finance: The OECD Export Credit Arrangement”, 43 *International Organization*, vol. 43, no. 1, Cambridge, Cambridge University Press/The IO Foundation, 1989, p. 173.

⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, “Arrangement on Officially Supported Export Credits”, Doc. de Revisión No. TAD/PG/2010, Enero de 2010, p. 2.

⁵ C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 175.

Sin embargo, en un nivel teórico, el *soft law* ha sido un enigma, aun cuando de ninguna manera es un fenómeno totalmente novedoso —de hecho, los ejemplos más antiguos de esta figura son casi tan viejos como los primeros tratados multilaterales modernos—.⁶ Ello implica un doble reto para el concepto de derecho. Primeramente, ¿por qué debería excluirse al *soft law* de la definición de derecho internacional si parece ser, y básicamente funciona como derecho internacional? Tal concepto no es un presupuesto natural. Su definición es una cuestión prudencial y depende de los propósitos específicos para los que uno desea definir qué es el derecho internacional.⁷ Puesto que, para una amplia cantidad de violaciones de derecho internacional, la responsabilidad estatal y los procedimientos judiciales son meramente opciones teóricas, y en tanto algunos tratados internacionales vinculantes contienen disposiciones que son demasiado vagas para guiar de manera efectiva la conducta estatal o dar lugar a la responsabilidad estatal, uno podría cuestionar la pertinencia de las actuales definiciones estándar de derecho internacional. ¿Para qué sirve una definición de derecho que enfatiza las diferencias que quizá tienen poco impacto práctico, o que relega al *soft law* al ámbito de las reglas “políticas” o “morales” aun cuando a menudo se asemejan más a un régimen jurídico sofisticado que las reglas políticas o morales que normalmente son muy

⁶ El término *soft law* fue creado a fin de diferenciar entre ciertos acuerdos y el derecho de los tratados. Este último concepto se remonta al último tercio del siglo diecinueve; véase Miloš Vec, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution*, Frankfurt, Klostermann, 2006, p. 112. Entre los ejemplos más antiguos de *soft law* entendido de esta manera, se encuentran los “voeux” contenidos en las Actas Finales de las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907; véase *Conférence Internationale de la Paix*, La Haya, 18 de Mayo-29 de Julio de 1899, Anexos, p. 5; *2ème Conférence Internationale de la Paix*, La Haya, 15 de Junio-18 de Octubre de 1907, Actes et documents, Vol. I, p. 700.

⁷ Sobre las implicaciones normativas de elegir un concepto de derecho, véase Liam Murphy, “Better to See Law This Way”, en *New York University Law Review*, vol. 83. Nueva York, New York University School of Law, 2008, p. 1088.

abstractas y generales? En segundo lugar, en atención a que el *soft law* ha sido sometido a muchas críticas por su supuesta ilegitimidad o legitimidad inferior, ¿acaso el concepto de derecho dibuja –o debería hacerlo– una línea importante entre las normas que son más legítimas y las que lo son menos? En la tradición del liberalismo, la designación de una regla como jurídica normalmente implica algún grado de legitimidad.

Ambos retos podrían requerir de alguna clarificación adicional. En cuanto al primero, la actual definición estándar de derecho internacional vinculante en la práctica internacional básicamente corresponde a la tríada de fuentes del Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (el cual se asume que también incluye resoluciones “vinculantes” de organizaciones internacionales y actos unilaterales). Ya que el *soft law* se ha convertido en un instrumento ubicuo de gobernanza que desempeña, en muchos casos, un papel funcionalmente equivalente al derecho internacional vinculante, esta definición podría parecer inadecuada y arbitraria. La equivalencia funcional del *soft law* también podría justificar situarlo a la par del derecho internacional vinculante a fin de poder reflejar de mejor manera la realidad de la gobernanza internacional contemporánea en el marco conceptual. No parece tener mucho caso el realizar una distinción conceptual entre dos tipos de normas que tienen poca relevancia práctica, especialmente porque la ejecución o aplicación del derecho internacional “vinculante” no siempre está disponible.

Un contraargumento obvio a esta propuesta sería el señalar el hecho de que los estados pretendían que estas dos clases de normas fuesen diferentes. Este argumento podría ser rechazado si se cuestiona su presunción axiomática, consistente en que la definición de derecho internacional sólo reproduce la intención de los estados. No obstante, el equiparar al derecho *hard* del *soft* debido a su equivalencia funcional implicaría cuestionar la distinción entre instrumentos jurídicos de ambos tipos, por un lado, e instrumentos enteramente no-jurídicos como la información, las estadísticas,

etcétera, por el otro. Este último tipo de instrumentos puede también asumir funciones y producir efectos en las relaciones internacionales similares a las del derecho internacional. Por ejemplo, el Programa Internacional para la Evaluación de Estudiantes de la OCDE (PISA), consiste en una encuesta de estudiantes de 15 años que se publica cada tres años a través de un *ranking* de países. Dicha encuesta se basa en un concepto particular de educación, y aunque los reportes publicados no llevan a cabo ninguna recomendación, sí conducen a los estados de manera efectiva hacia adoptar un concepto particular de educación, a menos de que deseen ser avergonzados cada tres años.⁸ Ahora bien, si el concepto de derecho pretende ser significativo del todo, los reportes de PISA no pueden ser considerados como derecho, ya que éste establece, confirma, o destruye las expectativas normativas, y no sólo las cognitivas.⁹ Los reportes PISA abordan primeramente expectativas cognitivas. Es cierto que pueden generar debates públicos que dan lugar a expectativas normativas, pero, a diferencia de éstas, las cognitivas podrían ser superadas o vencidas por expectativas contrarias del mismo tipo, como ocurriría si se demostrara que los reportes PISA están equivocados. No necesitarían ser formalmente abolidos, por lo cual la equivalencia funcional no puede ser la única razón que oriente a la definición del concepto de derecho.

Por estas razones, algunos consideran que es mejor reemplazar la distinción binaria y categórica entre lo que es derecho y lo que no lo es con una escala móvil, o un modelo de pasos múltiples que sea capaz de retratar las diferencias graduales entre los distintos tipos de instrumentos emitidos por las organizaciones internacionales.

⁸ Armin von Bogdandy y Matthias Goldmann, “Taming and Framing Indicators: A Legal Reconstruction of the OECD’s Programme for International Student Assessment (PISA)”, en K. E. Davis *et al.* (eds.), *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992, p. 349; Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, p. 92, especialmente en la p. 134.

Pero, ¿valdría la pena sacrificar la racionalidad particular que sería inherente a una distinción binaria entre lo que es derecho y lo que no lo es, sólo en aras de poseer una reflexión más adecuada de la práctica?

En cuanto al segundo reto: diversos enfoques en la teoría jurídica reconocen que hay una conexión innata entre derecho y legitimidad, y en ese sentido, el derecho aspira a ser una expresión de autoridad legítima.¹⁰ Esta óptica es incluso compartida por positivistas excluyentes como Joseph Raz. Aunque él considera que la moral de una norma jurídica no tiene impacto alguno en su validez, cada norma jurídica al menos aspira a tener una autoridad legítima,¹¹ mientras que otros más afirman que el sistema jurídico en su totalidad tiene esta aspiración.¹² Sin embargo, la legitimidad del derecho internacional vinculante se enfrenta a retos, y con mayor razón la del *soft law*. Tradicionalmente, la base de la legitimidad del derecho internacional es el consentimiento estatal, pero éste resulta problemático en sí mismo como base para la legitimidad si se asume que los individuos, y no los estados, son la entidad suprema a partir de las cuales necesita derivar cualquier decisión legítima.¹³ Ahora, incluso si se acepta al consentimiento estatal como un recurso para legitimar el derecho, hay que reconocer sus deficiencias en las relaciones internacionales contemporáneas. El consentimiento estatal

¹⁰ Para la tradición kantiana, véase Habermas, *supra* nota 8, pp. 47-49. Para una visión opuesta, véase H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 202; Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Cambridge University Press, 1832, reimpresión de 2001, p. 5.

¹¹ Joseph Raz, "Authority, Law, and Morality", en Joseph Raz (ed.), *Ethics in the Public Domain*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press/Clarendon Press, 2001, especialmente en las pp. 215-220.

¹² David Dyzenhaus, "Hobbes and the Legitimacy of Law" en *Law and Philosophy*, vol. 20, no. 5, Dordrecht, Holanda, Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 461.

¹³ J.H. H.Weiler, "The Geology of International Law: Governance, Democracy and Legitimacy", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 64, Heidelberg, Alemania, Max Planck Society, 2004, p. 547.

sólo está presente de forma muy indirecta en el caso de órganos no-plenarios como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el caso de cadenas largas de delegación, o en el de votos mayoritarios, y éstos son particularmente comunes para adoptar *soft law*. Más aún, a diferencia de los tratados internacionales, el *soft law* no necesita ser ratificado; empero, a menudo es efectivo y en ocasiones incluso tiene un impacto en estados que no participaron de manera activa en su adopción. Esto podría obedecer a que otras instituciones, como la OMC o las financieras internacionales, integran al *soft law* en su marco jurídico, o debido a que un instrumento particular de *soft law* contribuye a ubicar el discurso en un área temática determinada.¹⁴ A la luz de estas consideraciones, uno podría pensar en definir el concepto de derecho internacional en una manera que promueva su mayor legitimidad. Podría considerarse que sólo son derecho aquellos instrumentos que cumplen con ciertas condiciones además de, o en vez de, el consentimiento estatal, lo que dotaría al concepto de derecho de la función de identificar ejercicios legítimos de autoridad y distinguirlos de aquellos que lo son en menor grado.

A modo de reacción frente al surgimiento del *soft law*, han surgido una gran variedad de posturas en la doctrina jurídica internacional, y cada una de ellas propone un concepto específico de derecho internacional. El propósito de este artículo es, primeramente, sistematizar estas posturas de acuerdo con la tradición particular de pensamiento sobre el derecho internacional que representan. En segundo lugar, el artículo analiza de qué manera cada una de estas posturas responde a los dos retos fijados anteriormente, y se explica de qué manera algunos enfoques recientes que enfatizan la publicidad del derecho internacional público son muy prometedores. Pero yo sostengo que, en última instancia, estos enfoques sólo serán exitosos al enfrentarse a esos dos retos si el concepto de derecho se disocia de, y complementa por, un concepto de autoridad públi-

¹⁴ Véase Martti Koskenniemi, "Global Governance and Public International Law" en *Kritische Justiz*, vol. 37, Frankfurt, Alemania, Nomos, 2004, p. 241.

ca internacional. Esta idea se inspira en la aportación de Michel Foucault en cuanto a que, en el transcurso de la modernidad, la actividad estatal se expandió más allá de la creación de derecho, y en estos momentos, abarca una gran variedad de instrumentos que le permiten a los gobiernos influir en la conducta de la población al reconocer e influir en sus deseos y su manera de pensar, entre los cuales se encuentran los esquemas de incentivos, la información estadística, o los programas educativos.¹⁵ Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, y cada vez más desde el surgimiento de la globalización, las actividades de las instituciones internacionales también se han desplazado en esta dirección, al producir más y más *soft law* e instrumentos totalmente no-jurídicos. A la luz de esto, yo sostengo que el concepto de derecho debería ser eximido de la función de definir y delimitar el ámbito de la autoridad pública internacional. Es sólo bajo esta condición que el concepto de derecho podrá recuperar una función relevante que esté en línea con los dos retos apenas mencionados.

El siguiente análisis distingue entre tradiciones jurídicas a través de una mezcla de factores históricos y analíticos. En cuanto a los primeros, considero que el surgimiento de la corriente del análisis o teoría crítica del derecho y su recepción en el derecho internacional fue un punto de inflexión en la historia de la doctrina jurídica internacional (sección 4). Algunas de las posturas casi no toman en cuenta las implicaciones del análisis crítico del derecho (secciones 2 y 3), mientras que otras sí lo hacen (sección 5). De manera analítica, y tras adoptar la terminología acuñada por H.L.A. Hart,¹⁶ distingo entre posturas que permiten abordar al derecho internacional desde un punto de vista interno (positivismo jurídico) y aquellas que se concentran más bien en sus efectos externos (positivismo sociológico o realismo jurídico). Las posturas internas se interesan en los

¹⁵ Michel Foucault, “La gouvernementalité”, en Daniel Defert y F. Ewald (eds.), *M. Foucault: Dits et Écrits, Vol. 2*, París, Gallimard, 2002, p. 635.

¹⁶ Véase Hart, *supra* nota 10, p. 55.

prerequisitos y efectos normativos del derecho, específicamente en cuestiones de obligación jurídica. Las perspectivas externas se interesan en los requisitos y efectos sociales del derecho, y concretamente en cuestiones empíricas. Asimismo, las posturas adoptan diferentes ópticas respecto de la existencia de un orden internacional y sus fundamentos de legitimidad. Algunos consideran que los estados son el elemento sustancial, el principio y el fin. Otros le dan un papel más fuerte a los individuos, y en ocasiones incluso llegan a respaldar la existencia de una comunidad internacional de ciudadanos. Finalmente, algunas posiciones consideran que el derecho es una categoría binaria que se apega a un esquema de sí o no, mientras que otros aceptan la normatividad relativa. Así, el definir el concepto de derecho de acuerdo con una postura particular también determina la postura que adoptan sus adherentes respecto del *soft law*, por lo que no debería sorprender al distinguido lector que este artículo versa, en gran medida, sobre conceptos divergentes de derecho.

II. POSITIVISMO JURÍDICO: EL *SOFT LAW* VISTO DESDE EL PUNTO DE VISTA INTERNO

Todos los positivistas jurídicos comparten un punto de vista interno.¹⁷ Las posturas del positivismo jurídico también coinciden en que las reglas pueden guiar la conducta y descartar las dudas presentadas contra esta postura por los estudios críticos del derecho. Pero adoptan perspectivas diferentes en cuanto a los sujetos y los mecanismos a partir de los cuales el derecho internacional deriva su legitimidad. Esto conduce a conceptos de derecho y respuestas a estos dos retos muy diferentes entre sí.

¹⁷ Véase la sección I, *supra*. La distinción entre el positivismo jurídico y el sociológico no se corresponde con la distinción entre los enfoques positivistas y los no-positivistas. Esta última distinción versa sobre los requerimientos de validez, mientras que aquélla aborda la cuestión sobre si las cuestiones de validez tienen alguna importancia.

1. ESTATALIDAD SOBERANA O DEMOCRÁTICA: EL POSITIVISMO JURÍDICO TRADICIONAL

Por positivismo jurídico tradicional, me refiero a ciertos enfoques en la teoría del derecho internacional que conciben al derecho internacional estrictamente como el producto del consentimiento estatal. Hay una variante más antigua y una más moderna de este enfoque. Cada una de ellas tiene un motivo diferente para enfatizar el consentimiento estatal. La variante más antigua se remonta a la última parte del siglo XIX y primera parte del XX.¹⁸ Tiene sus orígenes en los escritos de autores predominantemente alemanes, como Bergbohm, von Holtzendorff, Jellinek o Triepel. Estos autores se enfrentaron a un reto particular: tuvieron que proporcionar una teoría del derecho internacional sobre la base de una idea Hegeliana del estado, la ideología prevaleciente en su país en ese momento.¹⁹ Esta idea del estado puede parecer incompatible con la idea del derecho internacional, porque visualiza al estado como un requerimiento indispensable para la libertad individual y una vida ética (*sittliches*).²⁰ Consecuentemente, el estado es el único sujeto que puede crear derecho de forma legítima, y ningún orden normativo legítimo puede existir más allá del estado. No es de sorprender que Hegel niega la existencia del derecho internacional propiamente dicho y lo único que acepta es un “derecho externo del estado”, el cual no tiene una fuerza vinculante *vis-à-vis* otros estados.²¹

¹⁸ Ulrich Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1991, p. 52, llama a esta variante “positivismo jurídico psicológico”.

¹⁹ Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 181, 194.

²⁰ George Wilhelm F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlín, 1821, párr. 257.

²¹ *Ibid.*, párr. 330. Hobbes adoptó la misma perspectiva bajo fundamentos racionalistas, más orientados hacia el poder; véase Thomas Hobbes, *Leviathan*, 1651, Capítulo XIII.

No ocurre así con los juristas de la vertiente más antigua del positivismo jurídico tradicional, quienes sostienen que es posible basar un orden jurídico internacional únicamente a partir de la estatalidad soberana, específicamente en el consentimiento estatal.²² Esta reconciliación entre los polos aparentemente irreconciliables de soberanía estatal absoluta y el derecho internacional vinculante requiere de una gran cantidad de trabajo y ajustes teóricos. Koskenniemi opina que sólo un entendimiento específicamente alemán del consentimiento, caracterizado por una deontología kantiana, podría haberlo hecho.²³ Los autores adoptan diferentes rutas para alcanzar su meta. Por un lado, Triepel idealiza (o “trascendentaliza”, por así decirlo) el consentimiento correspondiente de dos o más estados, a partir del cual considera que debería surgir una nueva e independiente voluntad común (*Gemeinwille*).²⁴ En contraste, Jellinek considera que la fuerza vinculante del consentimiento es un fenómeno psicológico –con el matiz importante de que este fenómeno sólo tendría lugar en la medida en que la regla consentida esté en concordancia con el propósito objetivo del estado.²⁵ Estas construcciones le permiten a los autores rechazar tanto las teorías de derecho natural sobre el derecho internacional y las perspectivas de aquellos que niegan la existencia del derecho internacional,²⁶ dado que sostienen que el derecho internacional existe y es válido cuando es consentido. Esto implica que el derecho internacional no debería carecer de lagunas, sino limitarse estrictamente a aquellas reglas respecto de las cuales se otorgó un consentimiento. Esta pos-

²² Koskenniemi, *supra* nota 19, p. 189.

²³ *Ibid.*, p. 191.

²⁴ Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, C.L. Hirschfeld, 1899, pp. 31, 70, 82.

²⁵ Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Springer, 1922, p. 376; J. v. Bernstorff, “Georg Jellinek: Völkerrecht als modernes öffentliches Recht im fin de siècle?”, en Stanley L. Paulson y M. Schulte (eds.), *Georg Jellinek: Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, p. 189.

²⁶ Sobre Bergbohm, véase Koskenniemi, *supra* nota 19, p. 186.

tura se reflejó en el célebre caso Lotus de la Corte Permanente de Justicia Internacional.²⁷

Autores más recientes que parecen adoptar esta línea de pensamiento se emancipan de la idea hegeliana del estado. La motivación que les sirve de guía para su insistencia en el consentimiento del estado como el único fundamento del derecho internacional no radica en la idea de soberanía, sino más bien en la de democracia. Toda vez que las instituciones internacionales no cumplen con los estándares domésticos de democracia, las normas jurídicas vinculantes siempre tienen que estar interconectadas con procesos democráticos de toma de decisión en el ámbito doméstico.²⁸ De lo contrario, el derecho internacional se convertiría en el instrumento de un poder ejecutivo desenfrenado.²⁹ Otros van un paso más lejos y sostienen que la creación de un derecho internacional sin consentimiento estatal requeriría de un sustrato social en la forma de una comunidad internacional a la que pudiera atribuírsele este derecho (como la nación en el ámbito doméstico), lo cual, si bien es teóricamente posible, se cree que no existe en este momento.³⁰ La habilidad del consentimiento estatal de dar pie a obligaciones jurídicas vinculantes, que creó tantas preocupaciones para anteriores generaciones de juristas, parece estar presente en menor medida en la reciente literatura que sigue esta tradición. Jan Klabbbers da por supuesto que los acuerdos jurídicos tienen efecto vinculante debido a la falta de una mejor alternativa. Los acuerdos morales y

²⁷ Corte Permanente de Justicia Internacional, *SS Lotus (Francia c. Turquía)*, Fallo, PCIJ Rep., (7 de Septiembre de 1927) Serie A No. 10, p. 19.

²⁸ Esta línea argumentativa está presente en la resolución del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre la constitucionalidad del Tratado de Lisboa, véase 2 BvE 2/08, *BVerfGE 123*, 30 de Junio de 2009, p. 380 (nota marginal 296).

²⁹ Jan Klabbbers, "The Undesirability of Soft Law" en *Nordic Journal of International Law*, vol. 67, 1998, p. 387.

³⁰ De manera explícita, Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", en *American Journal of International Law*, vol. 77, Washington, D.C., Estados Unidos, The American Society of International Law, 1983, p. 441.

políticos no podrían ser vinculantes de la misma manera. Klabbbers considera que el negociar y adoptar principios morales de la misma manera en que uno negocia y adopta tratados internacionales sería irreconciliable con la naturaleza de la moral. También arguye que la política no tiene sistema normativo alguno además del derecho. Por esta razón, no podría haber un acuerdo político sin que haya también uno jurídico.³¹

Los autores que concuerdan con el punto de vista del positivismo jurídico tradicional llevan a cabo una distinción categórica y binaria entre lo que es derecho y lo que no lo es. No hay normatividad legal relativa para ellos, ya que un acuerdo o bien forma parte del derecho internacional vinculante, o no es derecho del todo, sino más bien un acto de importancia política o moral.³² Otros lo plantean con un tono más moderado, al clasificar el *soft law* como un *fait juridique*, esto es, un hecho jurídicamente relevante.³³ ¿Cuáles son las razones de ser de este concepto estrictamente binario de derecho internacional? No parece resultar de una preocupación sobre la falta de aplicación o ejecución centralizada del *soft law*, pues resulta ser cierto también de buena parte de las reglas internacionales vinculantes. Algunos autores proporcionan razones que no son totalmente convincentes y, por lo tanto, podrían esconder las verdaderas razones. En *The Concept of Treaty*, Klabbbers efectúa un argumento puramente negativo a favor de un concepto binario de derecho. Él considera que los defensores de la normatividad relativa

³¹ J. Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, p. 143.

³² W. Heusel, "Weiches" Völkerrecht: Eine vergleichende Untersuchung typischer Erscheinungsformen, Baden-Baden, Nomos, 1991, p. 275; de forma similar, Anthony Aust, "The Theory and Practice of Informal International Instruments" en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, no. 4, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1986, p. 787.

³³ Jean d'Aspremont, "Softness in International Law: A Self-Serving Quest", en *The European Journal of International Law*, Florencia, European University Institute, vol. 19, no. 5, 2008, p. 1079.

no lograrían su objetivo al aceptar el *soft law* como una forma de derecho. De ser ese el caso, surgiría una nueva distinción binaria entre lo que es *soft law* y lo que no lo es.³⁴ Sin embargo, este razonamiento no toma en cuenta que el reconocer un solo tipo de derecho binario estructurado, o dos o más, debería hacer una diferencia.

Por estas consideraciones, yo supongo que tiene que haber una razón más profunda para la aversión hacia el positivismo jurídico tradicional en contra de la normatividad jurídica relativa. Esta razón podría estar relacionada con el reto de combinar la soberanía (o la democracia doméstica) con la idea de un orden jurídico internacional. La idea de un soberano que no está sometido al derecho, tal como fue acuñada durante el absolutismo,³⁵ es compatible únicamente con la idea de un orden jurídico (internacional) si se considera que el soberano está obligado a ejercer su poder a través del derecho,³⁶ a la vez que se imagina al derecho como autónomo de la política, la moral y la religión. Esta estrategia encontró su expresión más obvia en la idea metafórica de las “fuentes del derecho”, que es ampliamente compartida entre los proponentes de esta postura:³⁷ De acuerdo con la teoría de las fuentes, así como el agua emana en cierto punto del manantial de una montaña (en alemán, *Quelle*, es decir, fuente o manantial), las reglas jurídicas sólo tienen un punto de origen. La afluencia dentro de la montaña es invisible, y está confinada en la voluntad del soberano. En contraste, desde el momento de su creación en la fuente, la regla se convierte en jurídica, con lo que es autónoma de la política, la moral y la religión. Su interpretación y aplicación son consideradas como una cuestión de

³⁴ See Klabbbers, *supra* nota 31, p. 158; más adelante añadió un argumento positivo (véase la nota 29, *supra*).

³⁵ En el contexto del derecho doméstico (“*civil law*”), véase Hobbes, *supra*, nota 21, Parte 2, Capítulo XXVI, párr. 2 [6], p. 174

³⁶ Habermas, *supra* nota 8, p. 118.

³⁷ Armin von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, p. 156.

quehacer o práctica jurídicos, de un entendimiento correcto, y no un asunto político, moral o religioso. Así, conforme a la teoría de las fuentes, sólo hay un vínculo puntual entre el derecho y otros sistemas normativos, y este vínculo se encuentra bajo el control total del soberano. Lo que legitima una regla jurídica no es el procedimiento, no son las afluencias, sino sólo el consentimiento del soberano.³⁸

La idea de las fuentes del derecho todavía ocupa un lugar destacado en los trabajos de Montesquieu y Austin, aun cuando ellos consideran que el pueblo es el verdadero soberano y, por tanto, reinterpretan la teoría de las fuentes con un giro democrático.³⁹ Considero que este es también el punto de vista de los representantes contemporáneos del positivismo jurídico tradicional. Como consecuencia, consideran que el *soft law* es una amenaza a la doctrina de las fuentes —y, por ende, una amenaza a la autonomía del derecho y un peligro indeseable para la democracia doméstica—. Sirve para corroborar esta opinión, la evidencia consistente en el hecho de que el *soft law* en ocasiones es susceptible de tener decisiones mayoritarias, lo cual podría favorecer a los estados poderosos,⁴⁰ o bien el que no requiere de ratificación por los actores domésticos. Tales consideraciones dieron forma a algunas diatribas en contra del *soft law* que culminaron en la afirmación de que debería dispensarse de él en su totalidad.⁴¹

³⁸ Luhmann, *supra* nota 8, pp. 523-4; Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, Munich, C. H. Beck, 2007, nota al pie 146.

³⁹ Innovador en este tema: A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, F. Deuticke, 1929, p. 34 sobre Montesquieu, p. 90 en cuanto a Austin; sobre la soberanía popular, véase C. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, París, 1758, Libro II, Capítulo II.

⁴⁰ Weil, *supra* nota 30, at p. 441.

⁴¹ *Ibid.*; Alberto Székely, “Non-Binding Commitments: A Commentary on the Softening of International Law Evidenced in the Environmental Field”, en Organización de las Naciones Unidas (ed.), *International Law on the Eve of the Twenty-First Century*, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 1997, p. 173; Klabbbers, *supra* nota 29.

En cambio, para esta postura, el acuerdo internacional ideal es el tratado. Algunos mantienen esta visión aun cuando reconocen las dificultades para distinguir entre normas vinculantes y no-vinculantes: uno necesita derivar la intención de obligarse a partir de sus manifestaciones externas, las cuales nunca son directas o evidentes.⁴² Esta postura también se enfrenta a problemas con respecto al derecho consuetudinario, los principios generales del derecho, y las normas perentorias, pues derivan del consentimiento de los estados sólo de manera indirecta.⁴³ Más aún, las respuestas que otorga esta postura a los dos retos enumerados al inicio son menos que satisfactorias. El llamado para la eliminación del *soft law* nos recuerda a la lucha de Don Quijote en contra de los molinos de viento. También le resta importancia al hecho de que el *soft law* puede tener ventajas, como una alta flexibilidad o la posibilidad de poner a prueba ciertas reglas antes de celebrar un tratado internacional, sea como sea el modo en que uno los ponga en balance frente a los riesgos. Y, al deslegitimar el *soft law* en su totalidad, se pasa por alto que el derecho internacional vinculante a menudo se enfrenta a retos similares.

2. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE ESTADOS: EL POSITIVISMO JURÍDICO MODERNO

Desde hace algunas décadas, una forma modernizada de positivismo jurídico ha proporcionado el concepto estándar de derecho internacional en la práctica y en la academia. Al igual que el positivismo jurídico tradicional, enfatiza el consentimiento y la soberanía estatal como las bases del derecho internacional. Pero modifica estas asunciones en un punto decisivo: Sostiene que el derecho vinculante requiere de una norma jerárquicamente superior, una

⁴² Klabbers, *supra* nota 31, p. 70.

⁴³ Véase el intento de Hobbes, *supra* nota 21, Parte 2, Capítulo XXVI, párr. 5[9], de interpretar el derecho consuetudinario como un mandato del soberano.

especie de norma fundante básica (*Grundnorm*) a partir de la cual se deriva el efecto vinculante del derecho. Alfred Verdross presentó este argumento hace mucho tiempo.⁴⁴ A diferencia de Jellinek, esta postura acepta un orden normativo superior por encima del estado, específicamente una comunidad internacional de estados. Las opiniones divergen respecto de la estructura en sí de este orden, y abarcan todo el espectro de la tradición universalista en la teoría política.⁴⁵ Algunos ubican la base del orden internacional en la naturaleza humana, de manera similar a la idea de Grocio del *appetitus socialis*,⁴⁶ mientras que otros apelan a valores universales⁴⁷ o, como Kant, a la razón.⁴⁸ Todavía otros, como Kelsen y Verdross, consideran que el principio *pacta sunt servanda* es la norma fundante básica (*Grundnorm*) cuya validez no requiere de ulterior justificación.⁴⁹

Este punto de partida no despoja a la soberanía estatal de su importancia para las relaciones internacionales, particularmente para la creación del derecho internacional; sin embargo,

⁴⁴ Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Berlín, Springer, 1926, p. 21; su crítica de Jellinek parece ser injustificada. Jellinek no basa la validez del derecho internacional sólo en el consentimiento estatal, sino más bien en los propósitos *objetivos* que cada estado persigue con el tratado y que él cree que vincula al estado; véase Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 129, nota al pie de página 251.

⁴⁵ Armin von Bogdandy y Sergio Dellavalle, “Universalism and Particularism as Paradigms of International Law”, *International Law and Justice Working Papers*, Nueva York, University of New York, 2008, p. 37.

⁴⁶ Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, Libro 1 (1625, reimpresión de 1738), Discurso Preliminar, p. xv.

⁴⁷ Christian Tomuschat, “Obligations Arising for States without or against Their Will”, *Recueil des cours*, vol. 241, La Haya, Holanda, Academia de Derecho Internacional de La Haya, 1994, p. 237.

⁴⁸ Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797, reimpresión de 1968), Gruyter, Berlín, párr. 61 (A 227/B 257).

⁴⁹ Verdross, *supra nota* 44, p. 32.

sí disminuye su importancia relativa. La soberanía ya no es un supuesto absoluto, sino más bien una parte integral de la idea de una comunidad de estados.⁵⁰ Esto da cuenta de una diferente comprensión del derecho. La importancia del consentimiento estatal se reduce y, por ejemplo, esta posición no tiene dificultades para subsanar las lagunas en el derecho internacional a través de la analogía.⁵¹

Aun así, esta postura asume en términos generales una noción binaria del derecho internacional, que excluye al *soft law* del ámbito del derecho vinculante. Un acuerdo internacional sólo es jurídico si sus autores concordaron con su carácter jurídicamente vinculante, lo cual puede inferirse a partir de su forma, su contenido, y el contexto de su conclusión.⁵² Por ejemplo, un indicador relativamente seguro de la naturaleza jurídica de un acuerdo es el que contenga una cláusula que le otorga a las partes el derecho a incoar procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia en caso de una violación del acuerdo por la otra parte.⁵³ Cualquier acuerdo que no tenga un carácter jurídico vinculante no puede ser considerado como derecho a menos de que uno modifique la norma fundante básica (*Grundnorm*). Por lo tanto, si bien el *soft law* puede

⁵⁰ P. ej., M. Knauff, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 45 y ss.

⁵¹ Véase, p.ej., Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, p. 51; en cuanto a este punto, Koskenniemi, *supra* nota 19, p. 361.

⁵² Michel Virally, “La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus: Rapport définitif”, en *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 60-I, París, A. Pedone, 1983, p. 341.

⁵³ Michel Virally, “La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique: Rapport provisoire” en *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 60-I, París, A. Pedone, 1983, p. 245. Esta no es una característica común a todos los tratados internacionales; véase Klabbers, *supra* nota 31, p. 89.

tener relevancia política o moral,⁵⁴ el término en última instancia es inapropiado.⁵⁵

¿Cuál es la razón para la insistencia en un concepto binario de derecho? Me parece que tiene que haber algo más detrás de esta visión en cuanto a la circularidad de los argumentos de aquellos que apelan a la “lógica”⁵⁶ o a algún concepto axiomático de derecho que evade esta cuestión.⁵⁷ Además, las líneas de argumentación puramente negativas usualmente no son concluyentes. Por ejemplo, Blutman descarta la idea de que el *soft law* que funciona como *hard law* debería ser reconocido como derecho. Él afirma, en primer lugar, que los estados no se sienten obligados a acatar el *soft law* (lo cual es una presuposición); segundo, que sería difícil distinguir entre el *soft law* y otras “normas no vinculantes” (lo cual podría ser solucionado al establecer estándares formales o procedimentales claros para el *soft law*); y, tercero, que la tendencia anti-formalista del *soft law* es irreconciliable con la idea de derecho (lo cual ignora el alto grado de formalidad de buena parte del *soft law* de hoy).⁵⁸ Además, Blutman expone que las repercusiones jurídicas del *soft*

⁵⁴ O. Schachter, “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, en *American Journal of International Law*, vol. 71, Washington, D.C., Estados Unidos, The American Society of International Law, 1977, p. 300; Michael Bothe, “Legal and Non-Legal Norms: A Meaningful Distinction in International Relations?”, en *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 11, Diciembre de 1980, p. 95; Tadeuz Gruchalla-Wesierski, “A Framework for Understanding “Soft Law””, en *McGill Law Journal*, Montreal, Canadá, McGill Faculty of Law, 1984, p. 37; Virally, *supra* nota 53, pp. 186–8; Knauff, *supra* nota 50, p. 228, parece asumir que el *soft law* da lugar a una obligación *sui generis*, pues rechaza un entendimiento tanto político como moral de las obligaciones que derivan de él.

⁵⁵ Bothe, *supra* nota 54, p. 95.

⁵⁶ Sin embargo, véase Virally, *supra* nota 53, p. 242.

⁵⁷ Heusel, *supra* nota 32, p. 275, cree que la naturaleza no-jurídica del *soft law* es un hecho “trivial”. Tal conclusión sólo es posible si uno ignora completamente el punto de vista externo. Su conclusión no es trivial, sino circular.

⁵⁸ László Blutman, “In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, no. 3, Londres, Inglaterra, British Institute of International and Comparative Law, 2010, p. 615.

law, tales como su papel en la constatación de una *opinio juris*, no eran suficientes para justificar la atribución de un carácter jurídico al *soft law*. Todas estas repercusiones podrían ser explicadas a la vez que se mantiene una separación estricta entre los acuerdos legales y los no-legales (es decir, de *soft law*).⁵⁹ Sin embargo, esto no aborda lo que he denominado el primer reto para el concepto de derecho: Aunque a uno puede no agradarle el *soft law*, a menudo parece ser funcionalmente equivalente a un *hard law*.

De hecho, mi impresión es que los defensores de esta postura están realmente preocupados con la efectividad del derecho internacional. Ellos temen que un concepto relativo de derecho relativizaría la importancia del derecho internacional y reduciría su impacto en el actuar de los estados.⁶⁰ Lo que podría explicar esta ansiedad es el contexto del momento en el que fue formulado el concepto de derecho defendido por esta corriente. En sus orígenes, este concepto de derecho fue contrastado con la visión escéptica del derecho internacional presentada de forma enérgica por Carl Schmitt.⁶¹ Incluso más adelante, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el *soft law* se convirtió en un fenómeno recurrente por primera vez, los defensores de esta postura se enfrentaron a la escuela de pensamiento realista. En aquellos días más fríos de la Guerra Fría, muchos estimaron que el resurgimiento realista de las teorías de Tucídides,⁶² Hobbes⁶³ y Schmitt eran la explicación preferible para

⁵⁹ *Ibid.*, p. 617.

⁶⁰ Véase Virally, *supra* nota 53, p. 246; véase también, Ulrich Fastenrath, "Relative Normativity in International Law", en *The European Journal of International Law*, vol. 4, Florencia, European University Institute, 1993, p. 308.

⁶¹ C. Schmitt, *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, Berlín, 1922, reimpresión de 1993.

⁶² Véase la disputa entre Atenas y Mytilene en Tucídides, *The Peloponnesian War*, traducido por D. Grene, 1959.

⁶³ Hobbes, *supra* nota 21, Capítulo XIII.

la situación imperante en las relaciones internacionales.⁶⁴ Frente a este panorama, aquellos que favorecían una perspectiva moderna de positivismo jurídico tenían razones suficientes para distinguir entre el derecho internacional y cualquier cosa que se asemejara a la “política”, como el *soft law*, de forma tan clara como fuese posible, pues considerar al *soft law* como una forma válida de derecho habría sido llevar agua al molino de los realistas.

Por lo tanto, en consonancia con esta asunción, los representantes del positivismo jurídico moderno no rechazan el *soft law* como si fuera un desarrollo peligroso, lo que sí hacen los positivistas jurídicos tradicionales.⁶⁵ Primeramente, reconocen que el *soft law* representa cuando menos una cierta forma de consentimiento estatal, aunque incipiente en comparación con el derecho vinculante. En segundo lugar, el consentimiento estatal en sí mismo se vuelve menos importante bajo las premisas de esta teoría, puesto que el derecho en última instancia se basa en una regla (o un hecho) que precede al consentimiento. En tanto disminuye la importancia del consentimiento estatal, aumenta la de las varias etapas que conducen a una regla vinculante, esto es, la de las afluencias, para seguir con la metáfora de las fuentes. En este proceso, el *soft law* podría desempeñar un papel como fuente “material” que contenga a una determinada regla, aunque no en la forma que se requiere para el *hard law*⁶⁶ o bien como una fuente para el reconocimiento de las reglas jurídicas vinculantes.⁶⁷

⁶⁴ Innovador en este tema: Hans J. Morgenthau, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1949; Kenneth N. Waltz, *Theory of International Politics*, Nueva York, McGraw-Hill, 1979, especialmente en la p. 102.

⁶⁵ Godefridus J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer/Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983, p. 187, denomina a esto el “enfoque del *soft law*”.

⁶⁶ Fastenrath, *supra* nota 18, p. 84.

⁶⁷ Esto presupone que teóricamente es posible llevar a cabo una distinción entre las fuentes del derecho y los medios subsidiarios para su determinación, como lo sugiere el Art. 38, párr. 1(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Aun así, el positivismo jurídico moderno no considera que el *soft law* sea propiamente derecho internacional. Así como los físicos sólo abordan a la materia oscura a través de su interacción con la materia visible, los positivistas jurídicos modernos sólo entienden al *soft law* a partir de su conexión con el *hard law*. Así, aparte de ser un indicador para el surgimiento o desarrollo del derecho consuetudinario, el *soft law* podría guiar la interpretación del derecho vinculante o conducir a casos de estoppel. Estos aspectos del *soft law* han recibido una cobertura extensa en la literatura, tanto por los seguidores del positivismo jurídico moderno como por los positivistas más tradicionales que son escépticos respecto de las virtudes del *soft law* pero a la vez son demasiado realistas como para creer que basta con desear su inexistencia.⁶⁸

No obstante, un enfoque tan indirecto sobre el *soft law* deja de lado algunas de sus funciones importantes. Primeramente, tiende a ignorar el hecho de que muchos instrumentos no vinculantes son redactados como si fuesen derecho internacional vinculante, proporcionan una base para la argumentación jurídica y la solución de disputas, y tienen un impacto significativo en el área de que se trate. Básicamente, no difieren en realidad del derecho internacional vinculante, en particular del derecho secundario de las organizaciones

Aun aquellos que no consideran que tal distinción sea posible, podrían estar de acuerdo en que las fuentes y los medios subsidiarios pueden ser distinguidos por los diferentes papeles que desempeñan en el discurso jurídico.

⁶⁸ Véase, *inter alia*, Ingrid Detter, *Law Making by International Organizations*, Estocolmo, P.A. Norstedt y Söner, 1965, p. 207; Bothe, *supra* nota 54; Ignaz Seidl-Hohenveldern, “International Economic Soft Law”, (1979 [1980]), *Recueil des cours*, La Haya, Holanda, Academia de Derecho Internacional de La Haya, p. 165; D. Thurer, “Soft Law” en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 4a. edición, Amsterdam, Elsevier, 2000, p. 452; sobre las Declaraciones de las Naciones Unidas, véase O. Y. Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1966, 19, p. 227; Virally, *supra* notas 52 y 53; Klabbbers, *supra* nota 31, p. 188.

internacionales,⁶⁹ excepto por el hecho de que son oficialmente “no vinculantes”.⁷⁰ Más bien, hay varios casos de *soft law* que se ven más como el “derecho” que caracteriza al ámbito doméstico, que algunos tratados internacionales ampliamente desarrollados que mantienen una terminología muy vaga.⁷¹ En segundo lugar, ¿cómo podría explicarse el efecto vinculante que se reconoce frecuentemente al *soft law* dentro de una organización internacional?⁷² ¿Acaso el orden interno de una organización internacional no forma parte del derecho internacional? Tercero, el enfoque indirecto no puede explicar el carácter dinámico de muchos instrumentos de *soft law*, ya que sólo los visualiza como la vanguardia de la legalización en un proceso que puede conducir del derecho soft al hard.⁷³ Sin embargo, esta es sólo una de las funciones del *soft law*. La formación de costumbre en el derecho internacional es un proceso largo y arriesgado. Si esto fuese el único propósito del *soft law*, no podría explicarse la razón por la cual las organizaciones internacionales recurren tanto a él y actualizan los instrumentos relativos de ma-

⁶⁹ Estos instrumentos son actualmente reconocidos como fuentes de derecho; véase J. D. Aston, *Sekundärgesetzgebung internationaler Organisationen zwischen mitgliedstaatlicher Souveränität und Gemeinschaftsdisziplin*, Duncker & Humblot, Berlín, 2005; Markus Benzing, “International Organizations or Institutions, Secondary Law”, en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2007.

⁷⁰ Van Hoof, *supra* nota 65, p. 184. Uno no puede resolver este problema sólo con limitar el concepto de soft law a aquellos instrumentos que interactúan con el derecho vinculante (véase, sin embargo, Timothy Meyer, “Soft Law as Delegation”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 32, Nueva York, Fordham University, 2009, p. 888). También es difícil imaginar un instrumento (político) no vinculante que no interactúe con el derecho vinculante internacional o doméstico.

⁷¹ Heusel, *supra* nota 32, p. 279.

⁷² Joachim A. Frowein, “The Internal and External Effects of Resolutions by International Organizations”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 49, Heidelberg, Alemania, Max Planck Society, 1989, pp. 779–81.

⁷³ Cf. Heusel, *supra* nota 32, p. 275; en el mismo sentido, José E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 61.

nera frecuente. Entender esta circunstancia requiere reconocer al *soft law* como un equivalente funcional del derecho internacional vinculante.

En conclusión, el positivismo jurídico moderno no puede dar una respuesta satisfactoria a los distintos papeles que asumen los instrumentos de *soft law* en las relaciones internacionales contemporáneas. Aunque abarca algunas de las funciones y de la importancia del *soft law*, aun así pasa por alto demasiado. Además, el positivismo jurídico moderno no puede efectuar ninguna contribución relevante al debate sobre la legitimidad del *soft law*, ya que en esencia, se apoya únicamente en el consentimiento estatal. Si esto fuera convincente, no existiría ningún debate en torno a la legitimidad del *soft law*.

3. HACIA UNA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE CIUDADANOS: LAS PROPUESTAS DE REFORMA POSITIVISTAS

A la luz de estas razones, algunos autores proponen reformulaciones del concepto positivista de derecho y consideran que ciertos tipos de *soft law* son derecho. La mayoría de estas reformulaciones son motivadas por las transformaciones del orden internacional a partir del final de la Segunda Guerra Mundial,⁷⁴ particularmente a raíz de dos desarrollos: Primero, la descolonización en la última parte de la Guerra Fría creó una comunidad internacional de estados que es menos europeo-norteamericana o “del Norte” y más heterogénea; segundo, el individuo ingresó a la escena como un sujeto de derecho internacional. Los individuos ahora gozan de derechos y tienen obligaciones. En conjunto, estos dos desarrollos compactan considerablemente la idea de soberanía estatal.⁷⁵ No sólo los estados, sino todos los individuos conforman juntos una comunidad

⁷⁴ P. M. Eisemann, “Le gentlemen’s agreement comme source du droit international”, en *Journal du droit international*, Juris-Classeur, París, 1979, p. 344.

⁷⁵ R. A. Falk, “On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly”, en *American Journal of International Law*, vol. 60, Washington, D.C.,

internacional⁷⁶ —una idea anticipada por Immanuel Kant hace mucho tiempo—. ⁷⁷

De acuerdo con esta perspectiva, el *soft law* permite una articulación a la vez más amplia y más matizada de la voluntad de la comunidad internacional tal como se expresa, por ejemplo, en las decisiones mayoritarias o las que se adoptan sin intención alguna de crear derecho internacional “vinculante”. Entonces, los defensores de esta postura consideran que no resulta satisfactorio el confinar al *soft law* a un nivel de obligaciones estrictamente políticas o morales.⁷⁸

Aunado a lo anterior, aquellos que mantienen esta postura señalan la irrelevancia práctica de la distinción entre un derecho *soft* y uno *hard*. De ser violados, ciertos tratados internacionales “vinculantes” difícilmente podrían acarrear consecuencias además de protestas diplomáticas o pérdidas de reputación. Sus disposiciones son demasiado vagas o controvertidas como para que otro estado exija la reparación de daños o emprendan represalias. Quizá la única consecuencia consistiría en sanciones reputacionales —las cuales pueden ser utilizadas también en los casos de *soft law*—. Algunos de estos instrumentos incluyen mecanismos de ejecución como procedimientos de evaluación de pares (*peer-review*). Ejemplo de esto es la Declaración del Milenio de la Asamblea General de la ONU,⁷⁹ en la

Estados Unidos, The American Society of International Law, p. 785; Van Hoof, *supra* nota 65, p. 66; Asamoah, *supra* nota 68.

⁷⁶ Con un énfasis en el *jus cogens*, véase J. Tasioulas, “In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 85.

⁷⁷ Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797, reimpresso 1968), párr. 62; Immanuel Kant, „Perpetual Peace: A Philosophical Sketch” (1796), en H. Reiss (ed.), *Kant's Political Writings*, 2a. edición, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 105 (tercer artículo definitivo sobre la paz perpetua).

⁷⁸ W. Wengler, “Nichtrechtliche Verträge zwischen Staaten”, en *Archiv des Völkerrechts*, vol. 22, Tübingen, Alemania, Mohr Siebeck, 1984, p. 307.

⁷⁹ UN Doc. A/RES/55/2, 18 de Septiembre de 2000.

que cada cinco años, los estados evalúan el progreso logrado hacia el obtención de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Asimismo, tanto el derecho soft como el hard usualmente son el resultado de procedimientos de creación normativa formales, lo que los distingue de las obligaciones morales basadas en la razón, la naturaleza, el discurso, etcétera, por lo que relegar al *soft law* al ámbito de las obligaciones políticas o morales no parece ser una estrategia prometedor.

Al igual que con el positivismo moderno, para esta postura, el elevar al *soft law* al rango de derecho no menoscaba la soberanía, pues ésta es meramente considerada como una herramienta conceptual para la delimitación de facultades entre estados y organizaciones internacionales. Pero, a diferencia del positivismo jurídico moderno, las propuestas del positivismo reformista no le temen al riesgo de que considerar al *soft law* como derecho le reste peso al derecho internacional formal o *hard* y comprometa su efectividad. Más bien, sostienen que las ventajas que el *soft law* le ofrece a la comunidad internacional sobrepasan a los riesgos.

Sin embargo, estas consideraciones no explican exactamente qué tipo de derecho es el *soft law*. Ello requiere un replanteamiento del concepto de derecho internacional. En este punto, las distintas propuestas eligen rutas y teorías alternas. Algunas de ellas mantienen la distinción binaria tradicional entre lo que es derecho y lo que no lo es, mientras que otras definen el *soft law* como una o varias categorías separadas de derecho (enfoques binarios y pluralistas).

A. ENFOQUES BINARIOS

En opinión de aquellos que eligen enfoques binarios, sólo hay un tipo de derecho internacional. No obstante, consideran a algunos tipos de *soft law* como instrumentos jurídicos internacionales. Algunos escritores ofrecen un fundamento voluntarista para este concepto de derecho. Asamoah arguye que algunas resoluciones de la Asamblea General de la ONU expresan una forma de consentimiento estatal

que es idéntica al consentimiento requerido para el derecho internacional vinculante.⁸⁰ Abi-Saab llega al mismo resultado, pero enfatiza el procedimiento de toma de decisiones, más que el voto final, que conducen a determinadas resoluciones. Deliberadamente deja abierta la cuestión sobre la fuente de su naturaleza vinculante.⁸¹

Godefridus van Hoof propone una teoría no-voluntarista. Adopta la idea de H.L.A. Hart del derecho como las reglas identificadas por una regla de reconocimiento que se apoya en la aceptación por la comunidad internacional.⁸² De acuerdo con Hart, el derecho internacional es lo que la regla de reconocimiento aceptada por la práctica estatal identifica como una norma jurídica internacional. Van Hoof sostiene que la práctica estatal actual reconoce una regla como de derecho internacional si se basa en el consentimiento de los estados que participan en su creación. Este consentimiento se puede manifestar de diferentes maneras, no sólo a través del derecho de los tratados o la costumbre internacional.⁸³ Dadas las transformaciones geopolíticas mencionadas, ello también puede expresarse a través de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Van Hoof propone cinco “puntos de reconocimiento” que guían la búsqueda de este consentimiento estatal en un

⁸⁰ Asamoah, *supra* nota 68, p. 66.

⁸¹ G. Abi-Saab, “Les sources du droit international: Essai de déconstruction” en Manuel Rama-Montaldo (ed.), *International Law in an Evolving World: Festschrift für E. Jiménez de Aréchaga, Vol. I*, Montevideo, Fundación de Cultura Univ., 1994, pp. 32 y 38.

⁸² Van Hoof, *supra* nota 65; en el mismo sentido, M. Bos, “The Recognized Manifestations of International Law: A New Theory of “Sources”, en *German Yearbook of International Law*, vol. 20, Berlín, Duncker & Humblot, 1977, p. 9.

⁸³ Van Hoof, *supra* nota 65, p. 53; Fastenrath, *supra* nota 18, p. 54, nota al pie de página 174, quien afirma que Van Hoof adopta un enfoque voluntarista. Sin embargo, Van Hoof no considera que el consentimiento estatal sea la razón definitiva para la validez del derecho, sino el reconocimiento actual de una regla secundaria que estipula que el consentimiento estatal es el criterio decisivo.

instrumento determinado,⁸⁴ específicamente el nivel de abstracción del instrumento (que él considera particularmente alto en el caso de las declaraciones de la Asamblea General); los *travaux préparatoires*; el texto del instrumento, particularmente su designación; la existencia de mecanismos de seguimiento; y la práctica estatal subsecuente a la adopción del instrumento.⁸⁵

De esta manera, cada una de las tesis binarias concluye que ciertos tipos de *soft law*, como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas –que son claramente el fenotipo de la razón por la cual el *soft law* obtiene la mayor parte de la atención– puede ser parte del derecho internacional vinculante. El atractivo de esta perspectiva radica en que es compatible con la doctrina de las fuentes. Parece haber un acuerdo generalizado en cuanto a que el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no estipula una lista enumerativa de fuentes, sino que sólo refleja el estado de la doctrina jurídica internacional en el momento de su creación.⁸⁶ La Corte Internacional de Justicia confirmó esta afirmación al reconocer a los actos unilaterales como fuentes de derecho internacional que no están incluidos en el Artículo 38.⁸⁷ Adicionalmente, la mayoría de los autores citados proponen definiciones genéricas, las cuales tienen la ventaja de que no todos los nuevos instrumentos que quedan más allá de las fuentes tradicionales requieren de la reinención de la rueda.⁸⁸ No obstante, estos argumentos continúan manteniendo en la oscuridad cuál es la naturaleza de una canti-

⁸⁴ Estas nuevas manifestaciones complementan a las fuentes establecidas de derecho internacional y podrían modificarlas con el transcurso del tiempo; véase Van Hoof, *supra* nota 65, p. 208.

⁸⁵ Van Hoof, *supra* nota 65, pp. 215–79.

⁸⁶ Abi-Saab, *supra* nota 81, p. 36; véase también Fastenrath, *supra* nota 60, p. 322. De acuerdo con Fastenrath, *supra* nota 18, p. 88, originalmente se pretendía que el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia fuera enumerativo.

⁸⁷ *Caso Relativo a los Ensayos Nucleares (Australia c. Francia)*, Fallo de 20 de Diciembre de 1974 [1974], CIJ Rep. 253, párr. 46.

⁸⁸ Van Hoof, *supra* nota 65, p. 187.

dad algo amplia de instrumentos de *soft law*, aun cuando podrían ser funcionalmente equivalentes a tratados internacionales. Esto es una consecuencia de la estructura binaria del concepto propuesto de derecho internacional. El considerar que todos los instrumentos jurídicos internacionales son iguales significa restringir el ámbito de instrumentos que podrían ser clasificados como jurídicos. Algunas de las consecuencias jurídicas de esta reclasificación, particularmente el deber de reparar los daños en el caso de una violación, son simplemente inapropiados para una serie de instrumentos de *soft law* que de otro modo son funcionalmente equivalentes a los tratados internacionales. Por ejemplo, evitar el pago de daños podría ser la razón por la cual el Acuerdo sobre Créditos a las Exportaciones se declara a sí mismo como un “pacto de caballeros” (*gentlemen’s agreement*), aunque de otro modo es muy similar a un tratado internacional.⁸⁹ Por lo tanto, en muchos aspectos los enfoques binarios no son aptos para facilitar la conceptualización jurídica del *soft law*.

En cuanto a las cuestiones de legitimidad, la tesis positivista binaria sí aborda algunas de ellas, en tanto atribuye el estatus de derecho vinculante a ciertas declaraciones consideradas no-vinculantes por la doctrina tradicional debido a su alto grado de legitimidad. Sin embargo, tienden a ignorar otras tantas de estas inquietudes, como las que presentan los instrumentos de *soft law* que afectan a los estados y a los individuos que no tuvieron participación en la toma de decisiones.

B. ENFOQUES DUALISTAS

Aquellos que se adhieren a las posturas dualistas consideran que el *soft law* es una categoría separada del derecho internacional. A diferencia del *hard law*, no conlleva consecuencias jurídicas específicas por transgresiones, como sería el deber de pagar daños o el derecho a recurrir a represalias o procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia. Aparte de esto, el *soft law* compartiría todas las caracte-

⁸⁹ *OECD Arrangement on Export Credits*, TAD/PG(2011)4, 3 de Marzo de 2011, párr. 2.

rísticas de las reglas jurídicas, como su naturaleza vinculante, y el amplio rango de derecho internacional general le sería aplicable.⁹⁰ La mayoría de los autores respaldan su visión en una línea de razonamiento voluntarista, al enfatizar que los estados deliberadamente eligieron crear instrumentos de diferente cualidad.⁹¹

Este concepto de derecho toma en cuenta el hecho de que el *soft law* podría ser funcionalmente equivalente al *hard law*. A diferencia de la tesis binaria, permite clasificar a una amplia cantidad de instrumentos de *soft law* como derecho; aunque, por otro lado, el ubicar a todos los instrumentos de *soft law* en la misma canasta arroja un resultado relativamente crudo, y no dar una explicación de las diferencias en los efectos sociales que tiene cada uno de ellos. Entonces, los instrumentos técnicos de *soft law* que son aplicados o ejecutados por mecanismos de control, son equiparados a las normas altamente políticas, vagas y aspiracionales.

En cuanto a las preocupaciones sobre legitimidad, no hay diferencia entre esta perspectiva y la tesis binaria, pues no somete la cualificación de un instrumento a su legitimidad, excepto por el hecho de que el *soft law* pueda ser adoptado por una mayoría. El enfoque dualista no parece ser más que un giro semántico del positivismo jurídico moderno, pues mientras que éste distingue entre lo que es derecho y lo que no lo es, los enfoques dualistas distinguen entre derecho *hard* y *soft*. Cualquier objeción en contra de la legitimidad del *soft law* sigue siendo aplicable.

⁹⁰ Wengler, *supra* nota 78, p. 316; en cuanto al Acuerdo Final de Helsinki, Julia Marquier, *Soft Law: Das Beispiel des OSZE-Prozesses*, Bonn, Universität Bonn, 2004, p. 193.

⁹¹ A primera vista, esta perspectiva se asemeja a la tesis de que el *soft law* es vinculante en virtud del principio de buena fe (p.ej. Eisemann, *supra* nota 74, p. 345; T. O. Elias, “Modern Sources of International Law” en Wolfgang G. Friedmann et. al. [eds.], *Transnational Law in a Changing Society* [En honor de Philip C. Jessup] Columbia University Press, [1972], p. 52). Empero, esta última tesis está basada en el positivismo jurídico moderno.

C. ENFOQUES PLURALISTAS

Otro grupo de autores modifica las posturas dualistas, pues aunque mantiene la distinción general entre derecho internacional vinculante y no-vinculante, divide a su vez las normas no-vinculantes en subcategorías, lo que se erige en una definición pluralista de las normas jurídicas.

René-Jean Dupuy propone dos categorías de derecho no-vinculante, que son: El derecho declarativo y el programático de las organizaciones internacionales. El declarativo se refiere a las resoluciones de dichas organizaciones que confirman la costumbre jurídica, mientras que el programático incluye a los instrumentos aspiracionales que aspiran a un mayor desarrollo del derecho internacional. Para identificar el derecho programático, propone una serie de criterios, como el de un patrón de votación que muestre un apoyo generalizado del instrumento, el grado de precisión, y la presencia de mecanismos de seguimiento.⁹² En comparación con los enfoques dualistas, la propuesta en comento especifica todavía más la conceptualización jurídica del *soft law*; empero, Dupuy se centra en la interrelación entre el derecho internacional *soft* y el *hard*. El *soft law* que no aspira a crear derecho vinculante no es incluido en esta propuesta.

Hillgenberg enfrenta el reto de considerar también como derecho a aquellos instrumentos de *soft law* que no tienen como propósito el contribuir a la formación del derecho *hard* o vinculante, sino que operan con independencia de estos efectos. Él sostiene que cada instrumento jurídico *soft* establece un régimen autónomo que produce determinados efectos jurídicos y fácticos, y para el cual resultan aplicables un grupo específico de reglas de derecho internacional general.⁹³ Desde una óptica de legitimidad, este enfoque parece ser prometedor. Permitiría

⁹² R. J. Dupuy, "Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to "Soft Law", en Robert J. Akkerman *et al.* (eds.), *Declarations on Principles*, Springer, 1977, pp. 255-6.

⁹³ Hartmut Hillgenberg, "A Fresh Look at Soft Law", vol. 10, no. 3, Florencia, European University Institute, 1999, p. 499.

fijar criterios más específicos para cada régimen, lo que aseguraría su legitimidad. Pero Hillgenberg no explora este potencial y se apoya completamente en el consentimiento estatal para la legitimidad del *soft law*.

La “compartimentación” del *soft law* que lleva a cabo Hillgenberg también sufre de un bajo grado de abstracción conceptual, puesto que aborda a cada instrumento en lo individual y no produce grupos significativos de instrumentos que sean más amplios. Esto requiere de reinventar una y otra vez la rueda para cada instrumento, puesto que no hay ninguna plantilla que pudiera indicar cuáles principios jurídicos son aplicables a un instrumento específico de *soft law*. Así, Hillgenberg renuncia al potencial racionalizador de clasificar un instrumento como jurídico. Además, la transferencia del concepto doctrinal de regímenes autónomos no funciona a nivel teórico. No puede adoptarse una nueva fuente de derecho como si se tratase de un tratado internacional que crea un régimen autónomo, sino más bien requiere de repensar la regla de reconocimiento.⁹⁴ Hillgenberg no explora estos cuestionamientos, sino que las presupone de manera cuestionable. Por ejemplo, ¿por qué deberían los acuerdos internacionales no vinculantes tener la cualidad de derecho, pero no así las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas?⁹⁵ Al adoptar el concepto de regímenes autónomos como compás, Hillgenberg ignora el reto teórico que está implícito.

4. CONCLUSIONES INTERMEDIAS

Las propuestas de reforma positivistas sólo compensan las deficiencias del positivismo jurídico moderno hasta cierto punto. No cuestionan que el consentimiento estatal sea la base de la legitimidad del derecho internacional; además, la mayoría de ellas no le hacen justicia a todo el espectro de instrumentos de *soft law*, y proponen

⁹⁴ Sobre la distinción entre el concepto de fuentes y las fuentes específicas, véase Van Hoof, *supra* nota 65, p. 59.

⁹⁵ Hillgenberg, *supra* nota 93, pp. 504, 515.

distinciones relativamente crudas que no parecen coincidir con la realidad social compleja del *soft law*.

III. POSITIVISMO SOCIOLÓGICO: EL *SOFT LAW* VISTO DESDE EL PUNTO DE VISTA EXTERNO

La dificultad de los enfoques positivistas para apreciar la realidad condujo a una rama importante en el pensamiento jurídico que termina por abandonar el paradigma del positivismo jurídico y la perspectiva interna centrada en la validez. Me refiero a ellos en este espacio como los enfoques positivistas sociológicos, aunque algunos prefieren el término de realismo jurídico. Al igual que los sociólogos, los defensores del positivismo sociológico conciben al derecho en primera instancia como un hecho social⁹⁶ y usualmente las definen por sus efectos. Sin embargo, más allá de esto las distintas ópticas no tienen mucho en común y disienten entre sí en cuanto al concepto de derecho internacional. De nuevo, este desacuerdo surge a partir de ideas divergentes sobre las propiedades del orden internacional.

1. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE ESTADOS: EL FUNCIONALISMO Y LAS TEORÍAS DEL CUMPLIMIENTO

Los enfoques funcionalistas se apegan a una idea del orden jurídico internacional similar a la del positivismo jurídico moderno. Ambos consideran que la comunidad internacional de estados es el actor central en el ámbito internacional; no obstante, en el plano de la teoría jurídica, los enfoques funcionalistas se acercan a la tradición del realismo jurídico estadounidense. De acuerdo con éste, las reglas jurídicas son mucho más indeterminadas de lo que admite el positivismo jurídico. El derecho por sí solo no le proporciona a los tribunales un fundamento

⁹⁶ Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Bibliothèque de la philosophie contemporaine, 1919, p. 5.

para tomar una decisión, sino que los jueces siguen sus propias ideas de equidad y justicia, y tratan de justificar sus decisiones con argumentos jurídicos hasta después de que ya han sido tomadas. La academia jurídica, entonces, debería analizar cuáles fueron las razones que realmente determinaron una decisión.⁹⁷ En este contexto, los enfoques funcionalistas asumen que el derecho internacional público y las organizaciones internacionales son herramientas de los estados para cumplir con un propósito particular que los legitime.⁹⁸ Centran su atención a la política en y sobre el derecho y las instituciones internacionales en vez de en las cuestiones sobre validez o interpretación.⁹⁹ ¿Por qué los estados y otros actores internacionales celebran acuerdos *soft* o *hard*?¹⁰⁰ ¿Cuándo o por qué cumplen los estados con normas internacionales tanto vinculantes como las que no lo son?¹⁰¹ No debe sorprender el que algunos denominen a este enfoque “gerencial” (managerial).¹⁰²

No hay un concepto funcionalista común del derecho internacional, sino que a menudo se presenta un concepto relativo de norma-

⁹⁷ Brian Leiter, “American Legal Realism”, *Public Law Research Paper* (2002).

⁹⁸ Sobre el funcionalismo, véase Alvarez, *supra* nota 73, p. 17.

⁹⁹ David Kennedy, “The Move to Institutions”, en *Cardozo Law Review*, vol. 8, no. 5, Nueva York, Benjamin Cardozo School of Law, 1987, p. 843.

¹⁰⁰ Sobre la profusa literatura en este tema, véase tan sólo Charles Lipson, “Why Are Some International Agreements Informal?” en *International Organization*, vol. 45, no. 4, Cambridge, Cambridge University Press/The IO Foundation, 1991, p. 495; C. Brummer, “Why Soft Law Dominates International Finance - and Not Trade”, en *Journal of International Economic Law*, vol. 13, no. 3, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 623.

¹⁰¹ P. ej. A. Chayes y A. Handler Chayes, “On Compliance” en *International Organization*, vol. 47, no. 2, Cambridge, Cambridge University Press/The IO Foundation, 1993, p. 175; H. K. Jacobson y E. Brown Weiss, “Strengthening Compliance with International Environmental Accords: Preliminary Observations from a Collaborative Project”, *Global Governance*, vol. 1, no. 1, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1995, p. 119; Shelton, *supra* nota 1.

¹⁰² Sobre este concepto, véase, p. ej., Jan Klabbers, “Two Concepts of International Organizations”, en *International Organizations Law Review*, vol. 2, no. 1, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2005, p. 280.

tividad jurídica, el cual rara vez es teorizado.¹⁰³ Los términos *soft law* y *hard law* son utilizados frecuentemente en un sentido heurístico y no deberían considerarse como señales de una comprensión dualista. En su lugar, algunos autores proponen un continuo fluido de normatividad jurídica, mientras que otros favorecen categorías más amplias.

La teoría del proceso jurídico transnacional se localiza en el lado más fluido del espectro. Aunque este enfoque evolucionó históricamente de la escuela de New Haven, no comparte la convicción normativa de dicha escuela en cuanto a que el derecho debería ser empleado para la realización de objetivos sociales.¹⁰⁴ La referida teoría del proceso jurídico transnacional asume que el derecho se encuentra en un proceso constante de evolución en el que la normatividad de reglas específicas aumenta y disminuye. La labor de la doctrina jurídica no es caracterizar cierta regla en un momento determinado, sino el comprender este proceso de cambio y sus efectos sobre la realidad social.¹⁰⁵

Pero la mayoría de los enfoques funcionalistas conciben al derecho como un fenómeno social más estable y tratan de conceptualizar distintas categorías de derecho internacional.¹⁰⁶ Kenneth W. Abbott y sus coautores proponen tres diferentes etapas de legaliza-

¹⁰³ P. ej., C. M. Chinkin, "Normative Development in the International Legal System", en Dinah Shelton (ed.), *Commitment and Compliance*, *supra*, nota 1, p. 21; Pierre-Marie Dupuy, "Soft Law and the International Law of the Environment", en *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, Ann Arbor, University of Michigan, 1990-91, p. 431; John J. Kirton y Michael J. Trebilcock, "Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance", en John J. Kirton y Michael J. Trebilcock (eds.), *Hard Choices, Soft Law*, *supra*, nota 1, p. 3; Alvarez, *supra* nota 73, p. 258, donde se enfatiza la necesidad de una nueva teoría de las fuentes.

¹⁰⁴ Véase la sección 3.2, *infra*.

¹⁰⁵ H. H. Koh, "Transnational Legal Process", *Nebraska Law Review*, vol. 75, Lincoln, University of Nebraska, 1996, p. 184.

¹⁰⁶ P. ej., Falk, *supra* nota 75, p. 786; Shelton, *supra* nota 1; S. Toope, "Formality and Informality", en Daniel Bodansky et. al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 108.

ción, y esta cuantificación de la normatividad jurídica proporciona un marco conceptual para su investigación sobre las condiciones bajo las cuales los estados eligen formas específicas de cooperación.¹⁰⁷ Cada una de estas tres etapas está formulada a manera de tipo ideal y es definida por el grado de obligación, precisión y delegación que están involucrados en un régimen jurídico. La “legalización *hard*” incluye un alto grado de obligación y delegación, al igual que las reglas y regulaciones del derecho público doméstico. Todos los regímenes que no cumplen con este umbral son considerados como una “legalización *soft*”, siempre y cuando al menos uno de los parámetros sea fuerte. De otro modo, no hay “legalización” alguna, lo que constituye al tercer tipo ideal.¹⁰⁸ Al final, esto parece ser poco más que una reproducción de la distinción tradicional entre derecho *soft* y *hard*.

En teoría, los enfoques funcionalistas deberían ser capaces de producir una categorización o tipología más detallada del derecho *soft* y el *hard* que la del positivismo jurídico, porque se centran en la realidad social y en los efectos de las reglas, no en sus cualidades formales. Pero, hasta donde puedo observar, no hay propuestas que se ubiquen entre el concepto amorfo de derecho favorecido por la teoría del proceso jurídico transnacional y las categorías amplias de la escuela de la legalización. Quizá esta falta de tipologías significativas se debe a su énfasis en los efectos sociales, lo que está plagado de una serie de dificultades. Hay poco mérito en considerar como derecho únicamente a aquellas reglas que influyen en la conducta estatal. Nunca es posible señalar cuándo los estados acatan una regla porque es una regla, porque resulta que coincide con sus intereses, o porque la regla prescribe lo que siempre han hecho de todas formas. La mayoría de los autores funcionalistas

¹⁰⁷ Kenneth W. Abbott *et al.*, “The Concept of Legalization”, en *International Organization*, vol. 54, Cambridge, Cambridge University Press/The IO Foundation, 2000, p. 401; Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, en *Ibid*, p. 421.

¹⁰⁸ Abbott *et al.*, *supra* nota 107, p. 402.

consideran como norma jurídica cada promesa que genera una expectativa de cumplimiento y, con ello, incrementan la posibilidad de un cumplimiento real.¹⁰⁹ Pero este enfoque es difícil de aplicar en la práctica, ya que la generación de expectativas es una cuestión intersubjetiva, que depende tanto del emisor como del receptor de una promesa, así como de sus interpretaciones sobre la base textual de la norma.¹¹⁰ La doble contingencia del derecho parece socavar las aspiraciones objetivistas del funcionalismo.¹¹¹

Los autores que identifican al derecho como una cierta práctica o modo de argumentación evitan estas dificultades.¹¹² Sin embargo, esto conduce a un concepto completamente amorfo de derecho, como lo muestra el ejemplo de la teoría del proceso jurídico transnacional, que es de muy poco uso práctico.¹¹³ La función principal del concepto de derecho —la distinción entre actos legales e ilegales/jurídicos y no jurídicos— requiere de una evaluación de una regla jurídica en un momento determinado. Por lo tanto, un concepto difuso no resulta útil para los abogados a menos de que estén dispuestos a renunciar a su ámbito primordial de competencia.

¹⁰⁹ Véase Andrew T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 71; Andrew T. Guzman, “A Compliance-Based Theory of International Law”, *California Law Review*, vol. 90, Berkeley, University of California, 2002, p. 1878; C. Chinkin, “A Hard Look at Soft Law”, *Annual Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 82, Washington, D.C., American Society of International Law, 1988, p. 393.

¹¹⁰ Rob Howse y Ruti Teitel, “Beyond Compliance: Rethinking Why International Law Really Matters”, 2010 1 en *Global Policy*, vol. 1, no.2, London School of Economics and Political Science, 2010, p. 127.

¹¹¹ Véase Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1984, p. 148.

¹¹² Falk, *supra* nota 75, p. 783.

¹¹³ N. Onuf, “Do Rules Say What They Do? From Ordinary Language to International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 26, Cambridge, Harvard International Law Club, 1985, p. 390; sobre la teoría del proceso jurídico transnacional, véase F. Hanschmann, “Theorie transnationaler Rechtsprozesse”, en Sonja Buckel *et al.* (eds.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2006, p. 347.

Finalmente, las teorías funcionalistas no necesariamente lidian con las cuestiones de legitimidad, sino que tienden a dedicarse a las de eficiencia. Sus fundamentos teóricos no los obligan a poner en tela de duda el cómo y el por quién deberían ser realizadas las decisiones de políticas implicadas en el *soft law*.

2. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE VALORES: LA ESCUELA DE NEW HAVEN

La escuela de New Haven parece ser una alternativa dentro de la escuela de pensamiento del positivismo sociológico más rica en cuanto a lo normativo. Se centra en la selección de las metas de políticas como parte de un proceso social mundial, cuyos participantes luchan por la maximización de valores como el poder, el bienestar, el respeto, etc. En este proceso, el derecho designa aquellas “decisiones autoritativas y rectoras” que sirven a la realización de las metas que fueron seleccionadas para ello.¹¹⁴ La escuela de New Haven no se preocupa tanto por los temas de validez, cuanto por las implicaciones en las políticas que tiene el derecho. Esto tiene la ventaja de que sus representantes no consideran al *soft law* como patológico, sino más bien como un componente regular de la gobernanza democrática en las sociedades liberales.¹¹⁵ Pero la falta de atención a la validez vuelve a esta escuela susceptible a las mismas críticas que las esgrimidas contra las teorías funcionalistas: no permite una clara distinción entre el derecho y la política. Más

¹¹⁴ M. S. McDougal, “International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception”, en *Recueil des cours*, vo. 82, La Haya, Holanda, Academia de Derecho International de La Haya, 1953, p. 165.

¹¹⁵ M.W. Reisman, “The Concept and Function of Soft Law in International Politics”, en E. Bello y P. B. Ajibola (eds.), *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias, Vol. 1*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 435; M.W. Reisman, “A Hard Look at Soft Law”, en *Annual Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 82, Washington, D.C., American Society of International Law, 1988, p. 375.

aún, desde una perspectiva de legitimidad, la escuela de New Haven no toma en cuenta que los valores y metas inherentes a ciertas políticas pueden no ser compartidas de manera universal. Entonces, el fundamento y la aplicación de los “valores de base” tienen un estatus de verdades autoevidentes.

3. SOBERANÍA: EL NEOREALISMO

Dentro del espectro de las ramas del positivismo jurídico sociológico, existe una variante que niega que el derecho internacional tenga la capacidad de influir por sí mismo la conducta estatal. Jack Goldsmith y Eric Posner apoyan su postura¹¹⁶ en antecedentes históricos como Hobbes y Hegel, quienes afirman que no había ningún orden público por encima del nivel doméstico.¹¹⁷ Consecuentemente, asumen que los estados no tienen una preferencia para cumplimentar el derecho internacional.¹¹⁸ En cambio, ven como únicas funciones del derecho de los tratados, primeramente, la de facilitar la coordinación entre estados siempre y cuando tengan una preferencia preexistente hacia ella y, segundo, en la facilitación de la cooperación en una situación del dilema del prisionero, en donde el derecho internacional podría señalar cuáles movimientos cuentan como cooperativos, y dejar incentivos para retirarse sin ser afectado.¹¹⁹ Goldsmith y Posner también niegan que haya un deber moral de obedecer el derecho internacional. Aun si los estados fuesen los destinatarios legítimos de tales deberes morales, se postula que las deficiencias del consentimiento estatal, como las decisiones mayoritarias o el consenso, impedirían en la mayoría de los casos el

¹¹⁶ J. L. Goldsmith and E. A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

¹¹⁷ Hobbes, *supra* nota 21, Capítulo XIII; Hegel, *supra* nota 20, párr. 330.

¹¹⁸ Goldsmith and Posner, *supra* nota 116, p. 9.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 85.

surgimiento de un deber moral de acatar una regla jurídica internacional determinada.¹²⁰

Dado que para esta corriente es irrelevante el que una regla sea vinculante o no, para ellos no hay diferencia categórica entre el derecho *soft* y el *hard*.¹²¹ Para esta escuela, la única ventaja del derecho de los tratados o *hard* radica en el conocimiento que proporciona sobre las luchas domésticas de poder a las que da lugar el procedimiento de ratificación de otros estados parte, lo cual a su vez puede dar claves sobre la sinceridad de los demás participantes. Además, la ratificación posibilita que los tribunales domésticos apliquen o invoquen el tratado.¹²² Esto deriva en un concepto de derecho de dos niveles. Las distinciones ulteriores no son de interés para esta posición, pues de todas formas se cree que el impacto social de las reglas jurídicas es limitado, y esta es también la razón por la cual la legitimidad del derecho internacional no es de particular importancia para esta visión.

4. CONCLUSIONES INTERMEDIAS

En principio, los enfoques del positivismo sociológico deberían ser capaces de conceptualizar todo tipo de instrumentos de *soft law* de manera detallada, al distinguirlos de acuerdo con sus efectos sociales. Sin embargo, hasta ahora no se han propuesto categorizaciones complejas, sino que las existentes se apegan a la distinción del positivismo jurídico entre el derecho *soft* y el *hard* o renuncian a cualquier intento de clasificar los instrumentos en un cierto momento, al enfatizar en su lugar el carácter de proceso del derecho. Esto podría derivar de una incapacidad de los enfoques sociológicos para distinguir al derecho de la moral o la política. Además, la mayoría de los enfoques del positivismo sociológico no lidian con cuestiones de legitimidad. La escuela de New Haven, que es la única que sitúa sus

¹²⁰ *Ibid.*, p. 185.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 84, 90.

¹²² *Ibid.*, p. 90.

conceptos dentro de un marco normativo elaborado, no se enfrenta a los actuales retos para la legitimidad del *soft law* y es insensible frente a la contingencia de los valores de base. No transcurrió mucho tiempo para que esto generara perspectivas más críticas.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL DERECHO: DESCARTAR EL POSITIVISMO

Al igual que el positivismo sociológico, el análisis o la teoría crítica del derecho tiene sus raíces en el realismo jurídico norteamericano. Pero sus suscriptores critican el sesgo objetivista del positivismo sociológico, el cual, en su opinión, ignora el hecho de que las reglas jurídicas son el resultado de disputas de poder y que la búsqueda de eficiencia no equivale a la búsqueda de los objetivos a los que se aspira con una política determinada.¹²³ También critican las inclinaciones formalistas y el fetichismo por las reglas del positivismo jurídico, al considerar que éste pasa por alto las contingencias presentes en la aplicación y la interpretación del derecho.¹²⁴ En suma, el análisis o teoría crítica del derecho cuestiona fundamentalmente si el derecho es un instrumento factible para obtener la justicia en la sociedad.

Entre los principales defensores de una visión crítica frente al derecho internacional se encuentran David Kennedy y Martti Koskenniemi.¹²⁵ Desde su óptica, el positivismo sociológico sólo sirve para los estados poderosos, pues contribuye a que puedan “dirigir” a la sociedad internacional de acuerdo con sus intereses.¹²⁶ El paradigma del positivismo jurídico no se ocupa de la incertidumbre fundamental del derecho internacional y el “sesgo estructural” que

¹²³ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 5.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 8.

¹²⁵ David Kennedy, “Theses about International Law Discourse”, en *German Yearbook of International Law*, vol. 23, Berlín, Duncker & Humblot, 1980, p. 367; Martti Koskenniemi, *supra* nota 44, especialmente en la p. 590.

¹²⁶ Koskenniemi, *supra* nota 14.

resulta de ello: el asumir que los conceptos jurídicos pueden tener diferentes significados dependiendo del contexto en el que uno los utiliza, pues sólo el acto de aplicación determina su significado, lo que a su vez deriva de las preferencias políticas de las personas encargadas de aplicarlo.¹²⁷ Se cree que las instituciones internacionales están estructuradas de una manera que garantiza que prevalezcan los intereses de estados poderosos en la aplicación del derecho.¹²⁸ Por lo tanto, a decir de los adherentes al análisis crítico del derecho o “Crits”, el derecho internacional es inútil como medio para alcanzar la justicia, al menos en la medida pretendida por los positivistas jurídicos. El derecho sólo puede realizar una contribución a la justicia si es entendido como un tipo específico de discurso político. De acuerdo con Koskenniemi, la argumentación jurídica en tanto discurso está caracterizada por una “cultura del formalismo”, que promueve valores universales como la responsabilidad, la igualdad y la equidad. Esta cultura del formalismo puede ser utilizada para propósitos emancipatorios, pues permite construir una tesis en términos universalistas que no pueden ser descartados fácilmente por estrategias hegemónicas, dado que requieren de una respuesta justo en los mismos términos.¹²⁹ Por supuesto, esto implica que el valor de los argumentos jurídicos dependan del *ethos* profesional de los abogados y su tendencia a apegarse a las reglas de la argumentación jurídica.

Para esta postura, el *soft law* no podría ser considerado más que como una amenaza. No sólo no requiere de la ratificación doméstica y, por lo tanto, está exento del control democrático;¹³⁰ peor aún,

¹²⁷ Koskenniemi, *supra* nota 44, p. 600, la intitula la “tesis débil de la indeterminación”.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 606.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 616; Koskenniemi, *supra* nota 19, p. 494 y ss., especialmente en la p. 500.

¹³⁰ Martti Koskenniemi, “Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today’s International Law”, *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, vol. 4, No Foundations, 2007, p. 11; Martti Koskenniemi, “Global Governance and Public International Law”, *Kritische Justiz*, vol. 37, Frankfurt, Alemania, Nomos, 2004, p. 243.

la sola idea de normatividad relativa constituye un ataque frontal contra la cultura del formalismo. El poder de los argumentos jurídicos reside en la distinción entre derecho y política. Así, el *soft law* es considerado como ilegítimo y no amerita mayores consideraciones doctrinales.

V. RECONSTRUCCIONES POSMODERNAS

Aunque pueda parecer atractiva y contundente, esta crítica del “*soft law*” no aborda aspectos importantes de los instrumentos que encuadran en esa categoría. En particular, no siempre parece ocurrírsele a sus defensores que el *soft law* en ocasiones cumple propósitos emancipatorios. Cuando la decisión no es entre tener un acuerdo hard o uno *soft*, sino entre tener uno *soft* o ninguno en absoluto, el acuerdo *soft* podría, en efecto, ser valioso y otorgar alguna protección a intereses públicos importantes como la seguridad ambiental o la estabilidad financiera, o los intereses del Sur Global, como lo fue el intento de establecer un Nuevo Orden Económico Internacional en la década de 1970. Entonces, sería muy miope condenar al *soft law* como la herramienta de intereses imperialistas y como el clavo en el ataúd de los soportes éticos y emancipatorios del derecho internacional que emergieron a fines del siglo diecinueve.¹³¹ Adicionalmente, el satanizar al *soft law* parece no tener sentido, puesto que es difícil imaginar de qué manera podría ser abolido. En las relaciones internacionales, como en cualquier otro lugar, algunos procesos son irreversibles. Por ende, parece que una mejor estrategia sería el intentar domar al *soft law* tanto como sea posible. Una serie de enfoques recientes retoman los argumentos esgrimidos por los “Crits”, pero se inclinan hacia mejores disciplinas jurídicas para el *soft law* y, aun así, también están en desacuerdo respecto de cuál es el concepto correcto de derecho internacional.

¹³¹ Esto podría ser justificado respecto de ciertas posturas; véase Koskenniemi, *supra* nota 19, p. 479.

1. NEO-FORMALISMO

La corriente que denomino “neo-formalismo” ha sido propuesta por Jörg Kammerhofer y Jean d’Aspremont, y tiene alguna afinidad con el positivismo jurídico tradicional, pero supera algunas de sus deficiencias, como el ideal de un sistema coherente de reglas,¹³² o las afirmaciones de neutralidad política y la separación estricta entre hechos y normas.¹³³ En cambio, d’Aspremont acepta que el derecho está fundado, después de todo, en hechos sociales.¹³⁴

Sin embargo, a fin de cuentas esta postura no parece ser fundamentalmente distinta del positivismo jurídico moderno. Aunque d’Aspremont reconoce que hay una “pluralización en la creación de derecho global” que involucra a actores distintos a los estados, como las organizaciones no gubernamentales,¹³⁵ él sólo reconoce a los estados como los máximos legisladores.¹³⁶ Los autores también mantienen un concepto binario del derecho identificado por crite-

¹³² Jean d’Aspremont, “Hart et le positivisme postmoderne en droit international”, (2009) 113 en *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 113, París, Francia, A. Pedone, 2009, p. 646.

¹³³ Jörg Kammerhofer y Jean d’Aspremont, “Mapping 21st Century International Legal Positivism”, en Jörg Kammerhofer y Jean d’Aspremont (eds.), *International Legal Positivism in a Postmodern World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

¹³⁴ Jean d’Aspremont, “Non-State Actors from the Perspective of Legal Positivism”, en Jean d’Aspremont (ed.), *Participants in the International Legal System*, Routledge, Taylor & Francis Group, 2011, p. 24; Jean d’Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 195.

¹³⁵ Jean d’Aspremont, “Non-State Actors in International Law: Oscillating between Concepts and Dynamics”, en Jean d’Aspremont (ed.), *Participants in the International Legal System*, *supra* nota 134, p. 6; Jean d’Aspremont, “The Politics of Deformalization in International Law”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 3, Göttingen, Goettingen Law School, 2011, p. 546.

¹³⁶ Jean d’Aspremont, “Inclusive Law-Making and Law-Enforcement Processes for an Exclusive International Legal System”, en Jean d’Aspremont, *Participants in the International Legal System*, *supra* nota 134, p. 431; d’Aspremont, “Non-State Actors from the Perspective of Legal Positivism”, *supra* nota 134, p. 25.

rios formales.¹³⁷ De lo contrario, el derecho dejaría de funcionar como un orden autónomo de mandatos.¹³⁸ No veo por qué razón uno no podría imaginar un orden jurídico no-binario capaz de reconocer diferentes tipos de reglas jurídicas, algunas de las cuales generan responsabilidad en caso de su violación, mientras que otras sólo ocasionan sanciones reputacionales.

Más aún, esta postura no cuestiona la función legitimadora del consentimiento estatal. D'Aspremont considera que las preocupaciones sobre legitimidad surgen principalmente del hecho de que algunos abogados le atribuyen una función legislativa a actores no-estatales.¹³⁹ Pero el despojar a los instrumentos creados por actores no-estatales o bien a cualquier otro tipo de “*soft law*” del estatus de derecho internacional no eliminaría sus efectos sociales. Esta estrategia probablemente no muestra suficiente sensibilidad frente al poder, y ello es algo que una teoría catalogada como “posmoderna” quizá desearía evitar.

2. LA UNIVERSALIDAD DEL LENGUAJE: LOS ENFOQUES POST-POSITIVISTAS

Las propuestas de Friedrich Kratochwil y Nicholas Onuf pretenden combinar aspectos del positivismo jurídico y del sociológico.¹⁴⁰ En consonancia con los “Crits”, visualizan al derecho internacional como una especie de comunicación; pero, en contraste con aquéllos, no consideran que la argumentación jurídica sea tan sólo otro modo de *realpolitik* orientada por intereses. En cambio, creen que las

¹³⁷ Jörg Kammerhofer y Jean d'Aspremont, *supra* nota 133, p. 8; Jean d'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, *supra* note 134, p. 186.

¹³⁸ Jean d'Aspremont llama a esto el “carácter normativo” del derecho; véase *Formalism and the Sources of International Law*, *supra*, nota 134, p. 29.

¹³⁹ Jean d'Aspremont, *supra* nota 136, p. 435.

¹⁴⁰ Friedrich Kratochwil, *Rules, Norms, and Decisions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989; Onuf, *supra* nota 113.

características específicas de la comunicación jurídica distingue al derecho de la política o la moral.

Kratochwil intenta evitar las falacias, por un lado, del positivismo jurídico al centrarse en la aplicación de reglas en vez de su creación y, por otro lado, las del positivismo sociológico al preferir tratar las regularidades del lenguaje en vez de la conducta. En ese sentido, consideran que el derecho internacional público es un “estilo de argumentación” particular. La argumentación jurídica es más precisa que la política, pues define no sólo los objetivos de una medida, sino también sus medios. Es más precisa que la argumentación moral, porque es independiente de la conciencia del que la aplica y se encuentra constreñida por límites procedimentales y por la necesidad de tomar una decisión. Esta definición conduce a cierto traslape en los márgenes entre el derecho, la política y la moral pero, en general, todavía es posible distinguir estos estilos discursivos adyacentes.¹⁴¹ A la luz de este enfoque, el “*soft law*” podría ser derecho en el sentido estricto del término, siempre y cuando dé lugar a una argumentación jurídica. Kratochwil expone el ejemplo de un “*soft law*” que contiene un compromiso de continuar las negociaciones; el carácter jurídico de una norma, entonces, no depende de su forma.¹⁴²

Pero el problema con esta teoría es su énfasis en la aplicación de reglas. Si la cualidad legal de una regla depende a su vez de las cualidades de los argumentos en torno a su aplicación, y si esta argumentación depende del contexto institucional, entonces al final será la institución que aplica una regla y no el discurso lo que decida la cualidad jurídica de la regla.¹⁴³ Así, la idea de Kratochwil de argumentación jurídica se apega a los argumentos que son presentados ante las cortes o tribunales en los que dos par-

¹⁴¹ Kratochwil, *supra* nota 140, p. 205.

¹⁴² *Ibid.*, p. 200.

¹⁴³ A. Somek y N. Forgó, “Nachpositivistisches Rechtsdenken”, en Sonja Buckel *et al.* (eds.), *Neue Theorien des Rechts*, *supra*, nota 113, p. 281.

tes en pugna litigan frente a un tercero neutral con facultades de toma de decisión.¹⁴⁴ En cambio, no considera que los argumentos presentados en situaciones de negociación bilateral sean jurídicos, aun si las partes discuten sobre la aplicabilidad de ciertas reglas.¹⁴⁵ Estas reglas cuentan como política, y no como derecho, con lo que Kratochwil excluye a sendas partes del *soft law* de la definición de derecho, al igual que a amplias partes del derecho administrativo doméstico, como las directrices internas. Esto expone a la teoría de Kratochwil a una crítica similar a la que se esgrime contra el positivismo jurídico, en tanto en última instancia, utiliza un criterio formal (esto es, institucional) para la distinción entre el derecho y la política o la moral.¹⁴⁶ Esta teoría no tiene nada que ofrecer para las interrogantes planteadas por el hecho de que los tratados internacionales y el *soft law* pueden ser funcionalmente equivalentes, pues éste usualmente no es aplicado por las cortes o los tribunales, o al menos no de manera directa, sino sólo para efectos de facilitar la interpretación de otras normas. Luego, no toma en consideración el carácter “administrativo” o la naturaleza técnica de múltiples instrumentos de *soft law*.

La legitimidad del *soft law* o del *hard law* tampoco es tema de interés para Kratochwil. Para atribuirle el carácter de derecho, sólo importan el grado de precisión de una regla, o bien los patrones externos de argumentación, y no su legitimidad. Al igual que el positivismo sociológico, esta perspectiva puramente interna no puede capturar los debates continuos sobre la legitimidad del *soft law*. Por su parte, Nicholas Onuf intenta superar esta perspectiva puramente externa. Para que una perspectiva interna sea creíble,

¹⁴⁴ Kratochwil, *supra* nota 140, p. 212.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 209.

¹⁴⁶ Onuf, *supra* nota 113, p. 394; Jutta Brunnée y Stephen Toope, „International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law“, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39, Nueva York, Columbia Journal of Transnational Law Association, 2000, p. 39.

necesita identificar un argumento similar al de una norma fundante básica (Grundnorm) para la validez del derecho, y Onuf ubica esto en el lenguaje, basándose en la teoría de los actos de habla de Austin y Searle así como en sus transformaciones en teorías de la sociedad por Jürgen Habermas.¹⁴⁷ En ese tenor, cada acto de habla está caracterizado por un elemento ilocucionario que designa a una expresión realizada por el orador. Un ejemplo sería el postulado de que lo que expresa el emisor es una regla que tiene que ser obedecida por otros. El destinatario de tal expresión tiene que aceptarla si el acto de habla es “performativamente suficiente”, particularmente si cumple con las condiciones de validez que se requieren. Estas condiciones se siguen del uso del lenguaje o han sido acordadas de forma explícita y por adelantado.¹⁴⁸ En síntesis, Onuf esboza una teoría del reconocimiento, aunque a diferencia de H.L.A. Hart, dicho reconocimiento tiene una relevancia puramente lingüística y no requiere de ninguna forma de aceptación social más allá del lenguaje.¹⁴⁹ Una regla jurídica puede serlo aun si no hay presión social que induzca al cumplimiento, o bien si la única sanción disponible es la amenaza de que las acciones y los actos de habla de una persona que rechaza una regla legítima no serán comprendidos. Las instituciones no son necesarias para el establecimiento de reglas, sino que simplemente estabilizan las condiciones de validez y garantizan que el contenido no cambiará de manera muy rápida.¹⁵⁰

Esta teoría permite entender prácticamente a todos los tipos de *soft law* como derecho en estricto sentido, ya que la naturaleza jurídica de una norma está en función de sus propiedades lingüísticas y no de su carácter formal. El concepto de “condiciones de validez”

¹⁴⁷ Onuf, *supra* nota 113, p. 397.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 406.

¹⁴⁹ Véase, además, G. Gottlieb, “The Nature of International Law: Toward a Second Concept of Law”, en Cyril E. Black y Richard A. Falk (eds.), *The Future of the International Legal Order, Vol. 4: The Structure of the International Environment*, Princeton, Princeton University Press, 1972, p. 331.

¹⁵⁰ Onuf, *supra* nota 113, p. 399.

garantiza cierto nivel de abstracción y generalidad para el marco conceptual. La única desventaja es que la teoría de Onuf no parece funcionar si se le observa más de cerca, pues equipara a las reglas morales con las jurídicas. Si bien el discurso racional podría producir un acuerdo respecto de los principios morales abstractos, la experiencia nos enseña que esto no tiene que ser el caso para las reglas jurídicas. Las personas a menudo disienten y desobedecen, y aunque la desobediencia sistemática dejaría intactas a las reglas morales, no puede decirse lo mismo de las reglas jurídicas.¹⁵¹

3. FRAGMENTACIÓN Y DIFERENCIACIÓN DE LA SOCIEDAD GLOBAL: LA TEORÍA DE SISTEMAS

La diferencia fundamental entre la teoría de sistemas y la academia del análisis crítico es que aquélla distingue entre el derecho y la política, al concebirlos como sistemas comunicativos separados y autónomos. Sin embargo, a diferencia del positivismo jurídico, esta teoría no sostiene que el derecho tenga un impacto en la política. Para entender esta separación entre el derecho y la política, se requiere de una aproximación hacia la visión de la sociedad de Niklas Luhmann, quien adopta un ángulo extremo frente a los grandes temas de la modernidad, específicamente la diferenciación de la sociedad y la enajenación del individuo. Él termina por disolver al individuo como una entidad sociológica y descarta cualquier acentuación filosófica del sujeto. En su lugar, sostiene que la sociedad está compuesta de varios sistemas comunicativos separados. Cada sistema es caracterizado por un código binario específico que determina cuáles actos comunicativos pertenecen al sistema.¹⁵² En el caso del derecho, el código relevante es legal/ilegal.¹⁵³ Sólo los actos específicos y concretos de aplicación forman parte del sistema jurídico, no las reglas

¹⁵¹ Habermas, *supra* nota 8, p. 45.

¹⁵² Luhmann, *supra* nota 111.

¹⁵³ Luhmann, *supra* nota 8, p. 38.

jurídicas abstractas. La validez de las normas jurídicas es únicamente un símbolo que guía la comunicación legal,¹⁵⁴ mientras que la política es otro sistema, con códigos diferentes. A su vez, la comunicación entre dos sistemas es errática y coincidental porque obedecen a diferentes lógicas discursivas. Incluso los “acoplamientos estructurales”, como el discurso constitucional que tiene relevancia tanto para el derecho como para la política, no aseguran que un mismo acto comunicativo sea de igual importancia para ambos sistemas.¹⁵⁵

Gunther Teubner y Andreas Fischer-Lescano aplican la teoría de sistemas de Luhmann a las relaciones internacionales contemporáneas, en los tiempos de la gobernanza global. Señalan que la globalización conduce a una diferenciación funcional de la sociedad, la cual prevalece por encima de la anterior diferenciación, que era territorial.¹⁵⁶ Los sistemas funcionalmente diferenciados, como el comercio o las finanzas mundiales, tienden hacia un desarrollo de regímenes jurídicos que son adaptados a su racionalidad específica,¹⁵⁷ y se conectan con ellos a través de los acoplamientos estructurales.¹⁵⁸ El *soft law* o el derecho privado pueden estar presentes en el núcleo de dichos regímenes.¹⁵⁹ En atención a su aproximación funcional y comunicativa hacia el derecho, esta teoría considera que todo el *soft law* es jurídico, sin importar que tenga relevancia para la formación de la costumbre o la interpretación del derecho de los tratados o no. Empero, esta teoría es incapaz de lidiar de manera apropiada con los temas de legitimidad, pues éstos presuponen una visión del mundo que posiciona al sujeto en el centro del escenario.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 98.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 440.

¹⁵⁶ Gunther Teubner y Andreas Fischer-Lescano, *Regime-Kollisionen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, p. 37.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 25.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 55 (“regímenes autoconstitucionales”).

¹⁵⁹ Gunther Teubner, “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, en Gunther Teubner (ed.), *Global Law without a State*, Brookfield, Dartmouth, 1997, p. 22.

La teoría de sistemas sólo puede observar los efectos de estos debates en el sistema jurídico, pero no puede abordarlos directamente.¹⁶⁰ La principal preocupación normativa de Teubner y Fischer-Lescano parece ser la preservación de la funcionalidad del sistema jurídico. Con el propósito de garantizar un nivel básico de coherencia, sugieren el establecimiento de conexiones puntuales entre los distintos regímenes auto-constitucionales. Las soluciones jerárquicas o institucionales que reestablecen la unidad del derecho no están disponibles para esta teoría, y lo único que se puede hacer es disminuir las pérdidas.¹⁶¹

Otra propuesta basada también en la teoría de los sistemas, es la de Calliess y Renner, en la que introducen un umbral institucional en el concepto de derecho, a diferencia de la moral: el derecho presupone que hay una solución de disputas por un tercero ajeno.¹⁶² No es sólo la dificultad de apreciar cómo esta postura podría ser compatible con la teoría de sistemas, dado que ésta enfatiza la comunicación y aparta a los requerimientos institucionales para la definición de un sistema. Esta visión también está expuesta a la crítica que se ha presentado en contra de la teoría de Kratochwil, en cuanto a los límites de su énfasis en los tribunales.

4. ENTRE LA SOBERANÍA Y LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE CIUDADANOS: PERSPECTIVAS RECIENTES DE DERECHO PÚBLICO

En la doctrina contemporánea se ha presenciado una renovación de las teorías del derecho positivistas, que aspiran a un concepto de

¹⁶⁰ Gunther Teubner, “Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz-oder Transzendenzformel des Rechts?”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, vol. 29, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2008, p. 9.

¹⁶¹ Gunther Teubner y Andreas Fischer-Lescano, *supra* nota 156, pp. 57, 170. Una versión previa tiene un tono más optimista: Gunther Teubner, “Economic Globalization and the Emergence of *lex mercatoria*”, en *European Journal of Social Theory*, vol. 5, Londres, Sage Publications, 2002, p. 207.

¹⁶² Graf-Peter Calliess y Moritz Renner, “Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance”, en *Ratio iuris*, vol. 22, Hoboken, John Wiley & Sons, 2009, p. 260.

derecho que sea esencialmente orientado hacia las reglas, pero a la vez integran las aportaciones del positivismo sociológico en el papel del *soft law* en el ámbito internacional, retoman con seriedad la crítica posmoderna, y se ocupan de la legitimidad. Debido a este último aspecto, las denomino corrientes teóricas de derecho público. Se pueden distinguir dos subgrupos dentro de esta vertiente de la investigación: El primer subgrupo ofrece una visión holística e imagina al orden internacional como una comunidad internacional de valores compartidos, lo que proporciona un fundamento para los estándares universales a partir de los cuales es posible medir la legitimidad del *soft law*. A su vez, el segundo subgrupo enfatiza la pluralidad y diversidad entre los diferentes colectivos y sus valores, y pretende desenmarañar los marcos institucionales que respetan esta pluralidad.

A. EL NUEVO *JUS GENTIUM*: LON FULLER Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

El primer subgrupo dentro de las corrientes teóricas de derecho público se sitúa en el contexto del debate sobre el surgimiento del derecho administrativo global. Jutta Brunneé, Stephen Toope, David Dyzenhaus y también Jan Klabbers, optan por un enfoque no-positivista dentro de este subgrupo.¹⁶³ Apoyan sus postulados en los ocho criterios de legalidad de Lon Fuller que cualquier regla necesita satisfacer para ser considerada derecho. De otro modo, dicha regla no es jurídica y en especial, no es legalmente vinculante

¹⁶³ Jutta Brunneé, “Reweaving the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements”, en Rüdiger Wolfrum y V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Heidelberg, Springer, 2005, p. 101; Jutta Brunneé y S. J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Jan Klabbers, “Constitutionalism and the Making of International Law: Fuller’s Procedural Natural Law”, *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, vol. 5, No Foundations, 2008, p. 84; David Dyzenhaus, “Accountability and the Concept of (Global) Administrative Law”, *International Law and Justice Working Paper 2008/7*, Nueva York, New York University, 2008.

sino que sólo sirve a propósitos políticos (“dirección gerencial”).¹⁶⁴ Conforme a esta teoría, los principios jurídicos universales ilustran sobre la validez jurídica de las reglas, mientras que la importancia del consentimiento estatal es menor.

Además de los criterios de legalidad de Fuller, Brunnée y Toope sostienen que para poder ser capaz de influir en la conducta, el derecho internacional tiene que estar basado en una comprensión compartida sobre los asuntos y problemas que son el objeto de regulación, y que necesita haber una práctica continua que mantenga y desarrolle aún más esa comprensión compartida.¹⁶⁵ Dyzenhaus señala que una norma jurídica internacional requiere ser adoptada por una organización administrativa global y, adicionalmente, que los requisitos de validez puedan derivar del derecho de esa organización.¹⁶⁶ Aunque estas propuestas tienen la ventaja de entender al *soft law* como derecho, aplican el mismo estándar de legitimidad a las reglas de todo tipo, sin importar qué tan diferentes sean entre sí. Esto sólo funciona si dicho estándar es muy bajo y se caracteriza por un alto grado de generalidad; en efecto, los criterios de Fuller no fijan un umbral muy elevado a este respecto. No fue accidental el hecho de que H. L. A. Hart considerara a la teoría de Fuller como una contribución para la creación efectiva de derecho, pero no para su legitimidad.¹⁶⁷ Muchos de los aspectos neurálgicos de la gobernanza global que menoscaban su legitimidad, como las competencias superpuestas o inciertas, la falta tanto de una equidad procedimental, como de un control judicial, o bien de representa-

¹⁶⁴ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964, p. 33. Esos criterios son generalidad, promulgación, retroactividad limitada, claridad, ausencia de contradicciones, el no exigir lo imposible, la constancia en el transcurso del tiempo, y congruencia entre la acción oficial y la regla publicada.

¹⁶⁵ Brunnée y Toope, *supra* nota 163, pp. 53-4, 350-2.

¹⁶⁶ Dyzenhaus, *supra* nota 163, p. 1.

¹⁶⁷ H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, vol. 71, Cambridge, Harvard University Press, 1958, p. 593.

ción adecuada o participación, no son abordadas por la teoría de Fuller. Por otro lado, si el estándar de legitimidad es demasiado alto, y los requisitos de comprensiones compartidas parece ser un alto estándar para las sociedades desilusionadas y diferenciadas funcionalmente, este concepto colapsa en su totalidad. No hay muchas reglas que podrían cumplir con esas exigencias, y serían demasiado pocas para las necesidades de un mundo complejo.

Klabbers y Kingsbury evitan este problema al proponer una serie de criterios más detallados. Klabbers inicia con la presunción de que todos los enunciados normativos podrían ser considerados derecho si han recibido el consentimiento de aquellos involucrados en el proceso de toma de decisiones.¹⁶⁸ Uno podría refutar esta presunción al mostrar que la regla no cumple con los criterios de Fuller, ni criterios adicionales como su contenido (la regla es enteramente discrecional y por lo tanto política, no jurídica), su contexto (la intención de los autores era que la regla fuese no-vinculante), su origen (los autores carecen de la autoridad necesaria para crear derecho), aspectos procedimentales (p.ej., los autores no son representativos del grupo o comunidad para el que quieren legislar), o su temática (p.ej. la regla es sobre asuntos triviales).¹⁶⁹

Benedict Kingsbury se apoya en los “principios de derecho público” en lugar de los ocho criterios de Fuller.¹⁷⁰ Su propuesta presenta un balance delicado entre los elementos positivistas y los no-positivistas. Por una parte, elige un punto de partida definitivamente positivista, que sería la teoría de las reglas de reconocimiento

¹⁶⁸ Jan Klabbers, “Law-Making and Constitutionalism”, en Jan Klabbers, Anne Peters, y Geir Ulfstein (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 115, 122. Sin embargo, véase también Klabbers, *supra* nota 163, pp. 105-8, en donde afirma que los criterios de Fuller son suficientes por y en sí mismos.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 117.

¹⁷⁰ Benedict Kingsbury, “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”, en *The European Journal of International Law*, vol. 20, Florencia, European University Institute, 2009, p. 23.

de H. L. A. Hart.¹⁷¹ Él considera que los principios de publicidad (en cuanto a carácter de público) son componentes aceptados de la regla de reconocimiento.¹⁷² En consecuencia, elige un método inductivo y extrae cinco principios generales de publicidad de la práctica de las instituciones internacionales, que son: la legalidad, la racionalidad, la proporcionalidad, el estado de derecho y los derechos humanos,¹⁷³ así como ciertos principios procedimentales más específicos para los órganos administrativos globales, como el control judicial, la fundamentación, la participación y la transparencia.¹⁷⁴ Por otro lado, la razón para el reconocimiento de estos principios parece ser no-positivista, pues salvaguardan la autonomía individual y garantizan que el derecho corresponda con la voluntad general de la sociedad, esto es, que sea una regla de la sociedad para la sociedad.¹⁷⁵ Esta idea de autonomía parece ser la razón por la cual los principios de publicidad supuestamente tienen que ser aplicables para todos los actores en todos los niveles, tanto privado como público, a manera de una regla de reconocimiento universal, lo que evoca la idea de Grocio del *jus gentium*.¹⁷⁶ Y esta idea también explica por qué Kingsbury no concibe a cada principio como un componente necesario de la regla de reconocimiento en cada caso. Dependiendo de la manera en que un instrumento específico de *soft law* afecte la autonomía, también podría ser voluntario en el sentido

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 30. Kingsbury parece pensar en un positivismo jurídico incluyente. En torno a este punto, véase A. Somek, “The Concept of Law in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury”, en *The European Journal of International Law*, vol. 20, Florencia, European University Institute, 2010, p. 990.

¹⁷² Kingsbury, *supra* nota 170, p. 30.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 32.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 41.

¹⁷⁵ Kingsbury, *supra* nota 170, p. 31.

¹⁷⁶ Benedict Kingsbury, “Omnilateralism and Partial International Communities: Contributions of the Emerging Global Administrative Law”, en *Journal of International Law and Diplomacy*, vol. 104, Tokyo, Japanese Society of International Law, 2005, p. 110; véase Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace, Book 3* (1625, reimpression de 1738), Capítulo I.

de que refuerza la autoridad de un instrumento en la medida en que sea más respetado.¹⁷⁷

Ambas propuestas no sólo aseguran un alto nivel de legitimidad para el *soft law*, sino que también se abstienen de aplicar el mismo estándar a todos los tipos de derecho *soft* y *hard*. Esta cuestión no es de tipo binario, en el sentido de que un instrumento de *soft law* o bien está de conformidad con los criterios de Fuller o los principios del derecho administrativo global o no lo está, sino se trata más bien del grado en que lo está, lo que permite una diferenciación significativa. Si una regla no cumple con el nivel mínimo de conformidad, no es jurídicamente vinculante y sólo tiene relevancia política. No obstante, la flexibilidad en la aplicación de estos principios y criterios conlleva ciertas deficiencias pues, como lo admite Klabbbers, su conjunto de criterios podrían dar lugar a más preguntas que respuestas.¹⁷⁸ Al amalgamar los conceptos de legitimidad y legalidad, estas propuestas producirían un vasto número de reglas con un estatus jurídico incierto y que no lograrían atravesar el umbral de legitimidad/validez. Asimismo, el contenido de los principios que constituyen este umbral podría dar lugar a profundos desacuerdos. En contraste, el derecho en una visión de positivismo jurídico, al que Kingsbury se quiere adherir de forma explícita, está usualmente asociado con la racionalidad formal.¹⁷⁹ Parece problemático incluir un grado tan alto de incertidumbre en la regla de reconocimiento ya que, ciertamente, el establecimiento de una regla a partir de la costumbre jurídica internacional es frecuentemente muy desordenado. Pero esto muestra exactamente cuál es la ventaja del derecho de los tratados o el *soft law* producido por las organizaciones internacionales respecto de la costumbre internacional. Los enfoques ofrecidos por Klabbbers y Kingsbury hacen de lado esta ventaja, y quizá sus

¹⁷⁷ Kingsbury, *supra* nota 170, p. 27.

¹⁷⁸ Klabbbers, *supra* nota 168, p. 122.

¹⁷⁹ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1922, edición de 1972, p. 468, Parte 2, Capítulo VII, párr. 5.

propuestas serían mejor entendidas como teorías sobre la legitimidad del *soft law* que como teorías jurídicas en sentido estricto.

De manera adicional, no es muy claro cuál es el fundamento para la validez de los criterios adicionales de Klabbbers y los principios de publicidad de Kingsbury. La inducción a partir de la práctica de los tribunales internacionales y nacionales prevalece sobre una racionalidad deductiva o dialéctica. Es difícil explicar por qué los tribunales nacionales e internacionales deben tener legitimidad para poder decidir asuntos tan contingentes. Este método se asemeja a la noción de Grocio de derecho natural que se refleja en la práctica de estados civilizados,¹⁸⁰ o a la idea de un derecho basado en la razón. Sería difícil reconciliar esto con una concepción contemporánea y pluralista de la autonomía.¹⁸¹ Las instituciones y los procedimientos más representativos podrían estar mejor posicionados para decidir sobre estas cuestiones. Por lo tanto, sería mejor considerar inicialmente a estos principios como propuestas políticas, no como reglas jurídicas listas para usarse. El argumento de Kingsbury de que, al elegir adoptar una regla jurídica, sus autores incurren en la obligación de respetar esos principios de publicidad¹⁸² me parece circular, dado que estos principios en primer lugar pretenden definir lo que se considera derecho.

B. EL PLURALISMO EN SERIO: PERSPECTIVAS DELIBERATIVAS

El segundo subgrupo de corrientes teóricas de derecho público enfatiza el establecimiento de mecanismos deliberativos con el propósito de garantizar la legitimidad del *soft law*.¹⁸³ Creen que es ventajoso separar conceptualmente a la validez y a la legitimidad a

¹⁸⁰ Grotius, *supra* nota 46, Libro 1, Capítulos I, XII.

¹⁸¹ Somek, *supra* nota 171, p. 991.

¹⁸² Kingsbury, *supra* nota 170, *passim*.

¹⁸³ Véase también Nico Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, Capítulo 7.

fin de preservar el grado de certidumbre jurídica que se espera de cualquier teoría basada en el positivismo jurídico. La legitimidad también es considerada demasiado controvertida, en el marco de una comunidad internacional heterogénea y pluralista, como para poder erigirse en criterio para la validez de las reglas jurídicas.

Samantha Besson defiende un enfoque de este tipo, al basarse en la teoría de Joseph Raz sobre la autoridad del derecho.¹⁸⁴ De acuerdo con Raz, la aspiración a tener autoridad legítima es intrínseca a toda norma jurídica, aun cuando los asuntos de legitimidad no necesariamente afectan la validez del derecho.¹⁸⁵ Ello no debería entenderse como la pretensión de que hay un deber moral de obedecer una regla particular, sino como un aspecto funcional del derecho que fortalece el cumplimiento. Bajo la “tesis de la justificación normal”, una norma jurídica es legítima si hay razones para presumir que obedecer la ley sería generalmente más racional que apoyarse en los razonamientos idiosintráticos propios.¹⁸⁶ Besson le da un giro deliberativo a la tesis de la justificación normal, al argumentar que una regla de derecho internacional público supuestamente proporciona una guía racional si es el resultado de un proceso deliberativo que involucra a todos los grupos cuyos intereses esenciales son afectados por la regla. Esto es lo que ella denomina “demoi-cracia” global.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Samatha Besson, “Theorizing the Sources of International Law”, en Samatha Besson y John Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 173; véase también Samatha Besson, “The Authority of International Law: Lifting the State Veil”, en *Sydney Law Review*, vol. 31, Sydney, University of Sydney, 2010, p. 352.

¹⁸⁵ Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 5.

¹⁸⁶ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 1988, pp. 53, 69.

¹⁸⁷ Samatha Besson, “Institutionalising Global Demoi-Cracy”, en L.H.Meyer (ed.), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 58; Samatha Besson, “Theorizing the Sources”, *supra* nota 184, p. 178.

Aunque uno no comparta esta postura,¹⁸⁸ se trata de un importante paso hacia una idea de legitimidad que sea proporcional frente a las sociedades pluralistas. Pero este aspecto positivo es puesto en marcha por una concepción binaria, del tipo de las fuentes del derecho internacional, dado que Besson no considera que el *soft law* sea una forma de diferente de derecho en términos cualitativos, sino sólo como una etapa en el desarrollo de una “verdadera” regla jurídica internacional vinculante.¹⁸⁹ Por ende, su afirmación de que la normatividad jurídica puede ser relativa sólo debería ser aceptada en un sentido evolucionario: Desde su versión inicial hasta convertirse en la regla jurídica vinculante final, el derecho transcurre a través de varias etapas en las cuales debería tener algunos efectos jurídicos indirectos.¹⁹⁰ Esto se asemeja a la postura moderna del positivismo jurídico. Con este proceder, Besson deja ir una parte del potencial de su propuesta para enfrentar las cuestiones de legitimidad en torno al *soft law*, ya que si éste no es considerado como derecho propiamente dicho, entonces no presupone tener autoridad legítima y, por lo tanto, no necesita respetar los estándares de una “demoi-cracia”.

Klaus Günther sugiere otra aproximación discursiva. A primera vista, su concepto de derecho se asemeja a la idea de Luhmann del derecho como un sistema comunicativo de código binario: en su opinión, aun en un orden internacional fragmentado, el derecho se caracteriza por un “código universal de legalidad”, un meta-lenguaje que es común a todas las reglas jurídicas. Pero, a partir de aquí, Günther emprende una ruta definitivamente diferente de que lo aleja de Luhmann y lo acerca a Habermas. A diferencia del código binario de Luhmann, él considera que la función del código uni-

¹⁸⁸ Besson no especifica por qué prefiere los mecanismos deliberativos. Yo considero que ella reconoce que las instituciones y los procedimientos deliberativos son rutas prometedoras para alcanzar decisiones justas en sociedades pluralistas.

¹⁸⁹ Besson, “Theorizing the Sources of International Law”, *supra* nota 184, p. 171.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 174.

versal de legalidad no se limita a esbozar una distinción entre actos legales e ilegales, sino que ese código universal más bien pretende garantizar que las normas jurídicas sean justas. Para este propósito, Günther enriquece el código universal con una serie de principios normativos derivados de ciertas ideas relacionadas con el uso del derecho como una forma de comunicación, por ejemplo, los derechos fundamentales, el debido proceso y la posibilidad de sanciones.¹⁹¹ Para poder ser “jurídicas”, las normas tienen que respetar estos principios. Hasta aquí, la teoría de Günther se asemeja fuertemente a las propuestas de Klabbers y Kingsbury, pero hay una diferencia fina, aunque destacable. Günther reconoce el carácter fundamentalmente incierto y esencialmente impugnado de estos principios en una mayor medida que Klabbers y Kingsbury. En consecuencia, no los aborda desde el inicio como criterios de validez. En un primer momento, su función es sólo la de informar y estimular el debate sobre la legitimidad democrática de la autoridad pública. El contenido específico de estos principios en situaciones específicas todavía tiene que ser establecido en procesos deliberativos. En esos discursos, los distintos actores involucrados en un régimen particular se enredarían a sí mismos tarde o temprano a través de las posiciones que adoptan en torno a estos principios, y esto eventualmente concretizaría el código universal de legalidad respecto de ese régimen. Esta teoría parece ser adecuada para un orden internacional pluralista y fragmentado; empero, Günther arguye que el código universal de legalidad podría inducir un proceso de constitucionalización, particularmente de concretización de los múltiples principios y su transformación en criterios positivos de validez.¹⁹² Él sostiene que esto presupone el desarrollo de un sistema de derechos individuales.¹⁹³

¹⁹¹ Klaus Günther, “Legal Pluralism or Uniform Concept of Law? Globalisation as a Problem of Legal Theory”, *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, vol. 5, No Foundations, 2008, p. 16.

¹⁹² *Ibid.*, p. 18.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 17.

Ciertamente, el enfoque de Günther toma en cuenta la variedad de *soft law* visible en las relaciones internacionales en tiempos de gobernanza global, y también vincula su concepto de derecho con cuestiones sobre legitimidad, sin comprometer la distinción conceptual entre validez y legitimidad. No obstante, no queda claro cómo tendrían cabida los instrumentos no-jurídicos, como los reportes de PISA. El vínculo intrínseco que establece Günther entre el concepto de derecho y la aplicación de principios para la legitimidad del poder afecta la habilidad de su teoría de ir un paso adelante y concebir a los ejercicios de autoridad más allá de la forma del derecho.

VI. HACIA UN CONCEPTO DE AUTORIDAD PÚBLICA

Las corrientes teóricas de derecho público parecen ofrecer una reacción adecuada a los dos retos presentados al inicio de este artículo. Particularmente, la propuesta de Klaus Günther diseña una imagen sofisticada del *soft law* y no sólo lo considera como una proto-forma de derecho vinculante, sino que está inherentemente ligado a cuestiones de legitimidad democrática en una manera que no compromete la certidumbre jurídica ni se basa en principios de publicidad reminiscentes del derecho natural. Sin embargo, dicha propuesta no es apta para lidiar con instrumentos no-jurídicos, como la información por sí misma, y los problemas de legitimidad que plantean. La causa de raíz de este problema reside en el papel central que esta y otras corrientes teóricas de derecho público le atribuyen al concepto de derecho, pues según ellas la única forma de autoridad reconocida es la jurídica. Cualquier otra forma de autoridad está destinada a ser jurídicamente irrelevante y a la luz de esto, no debería sorprender que, hasta hace poco, los académicos del derecho no habían prestado mucha atención a los instrumentos no-jurídicos. Mientras que los mecanismos de control del cumplimiento, como los procedimientos de reporte, han recibido algo de atención a partir de una visión del practicante, otros instrumentos

no-jurídicos como los indicadores han sido sometidos a un escrutinio doctrinal sólo hasta muy recientemente.¹⁹⁴ Lo que parece estar ausente es un enfoque uniforme que permita incluir tanto al *soft law* como a instrumentos no-jurídicos, es decir, cada instrumento que no pertenece a las fuentes tradicionales de derecho internacional.

En consecuencia, en el derecho internacional debería emprenderse la ruta planteada por Foucault para la teoría política y “cortarle la cabeza al rey” en el marco del pensamiento jurídico internacional.¹⁹⁵ En vez de situar el concepto de derecho en el centro, debería pensarse en la autoridad de una manera más amplia que sea proporcional a las actividades de las instituciones internacionales contemporáneas. Lo que se necesita es una conceptualización legal de la autoridad pública internacional, cuyo concepto debería ser entendido de manera lo suficientemente amplia como para abarcar a todos los instrumentos de instituciones internacionales, sean jurídicos o no, formales e informales, privados y públicos, que afecten a la libertad individual y colectiva y, por lo tanto, que necesiten ser legitimados por un régimen de derecho público. En contraste, los instrumentos que no comprometen la libertad colectiva, sino sólo la individual de aquellos que otorgan su consentimiento, como los contratos puramente privados, no encuadrarían dentro del concepto de autoridad pública internacional.¹⁹⁶

Dado que este concepto de autoridad pública internacional será necesariamente muy amplio y general, debería ser complementado

¹⁹⁴ Keith E. Davis, Benedict Kingsbury, y Sally E. Merry, “Indicators as a Technology of Global Governance”, en *Institute for International Law and Justice Working Papers*, Nueva York, New York University, 2010. Sobre los reportes PISA, véase Bogdandy y Goldmann, *supra* nota 7.

¹⁹⁵ Véase Michel Foucault, *The History of Sexuality*, Vol. 1, Londres, Penguin, 1998, p. 88.

¹⁹⁶ Dibujamos los contornos de este concepto en Armin von Bogdandy, Philipp Dann, y Matthias Goldmann, “Developing the Publicness of International Public Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, en *German Law Journal*, vol. 9, Stuttgart, 2008, p. 1375.

por un conjunto no enumerativo de instrumentos estándar, de tipos ideales instrumentales. Uno puede imaginar a las fuentes tradicionales del derecho internacional como ejemplos sobre la manera en que operan los instrumentos estándar, y necesitan ser complementados por nuevos instrumentos para los típicos casos de *soft law* o de los que no son jurídicos del todo. Estos nuevos instrumentos estándar tendrían la función de ligar a formas específicas de autoridad pública con ciertos estándares instrumentales, procedimentales y sustantivos que garanticen un nivel adecuado de legitimidad para este tipo de autoridad pública.¹⁹⁷ Deberían ser lo suficientemente generales y abstractos a fin de darle orden al flujo de instrumentos de gobernanza que emanan de las instituciones internacionales, y lo suficientemente concretos para asegurar la legitimidad de cada instrumento específico que se incluye. En el largo plazo, esta conceptualización doctrinal podría permitir generar un balance entre la necesidad de adaptarse a circunstancias cambiantes y los valores que subyacen a la racionalidad formal del derecho positivo. El desarrollo de propuestas para instrumentos estándar es, en primer lugar, una tarea para la doctrina jurídica, pues dichas propuestas podrían proporcionar procesos discursivos a las instituciones internacionales y conducir a la adopción de instrumentos estándar en la práctica del derecho positivo de las instituciones internacionales, y quizá eventualmente a la formación de costumbre jurídica. El énfasis en la distinción entre propuestas no-válidas y reglas jurídicas válidas que permiten una visión interna es lo que sitúa firmemente a este enfoque en la tradición positivista.

En este marco, el concepto de derecho desempeñaría un papel modificado. Sería descartado de la función de identificar actos autoritativos de los que no lo son, pero también serviría para la identificación de actos autoritativos que dan lugar inmediatamente a expec-

¹⁹⁷ Matthias Goldmann, "Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority", en *German Law Journal*, vol. 9, Stuttgart, 2008, p. 1865.

tativas normativas, en contraposición con los actos autoritativos que dan lugar a expectativas cognitivas.¹⁹⁸ Los instrumentos jurídicos estándar funcionarían de maneras similares a las fuentes tradicionales, con la única diferencia de que también incluirían al *soft law*.

El concepto de autoridad pública internacional no estaría relacionado necesariamente con ninguna teoría específica de legitimidad, aunque las aproximaciones de Samantha Besson y Klaus Günther muestran el potencial de la teoría del discurso en los escenarios pluralistas. Si bien los instrumentos estándar que las instituciones internacionales podrían adoptar algún día probablemente serían una mezcla de diferentes teorías, prácticas e intereses, sería útil que las corrientes doctrinarias que inician su formación estén basadas en una teoría que permita una pluralidad de visiones del mundo. La teoría del discurso permite la inclusión de perspectivas opuestas, e inicia a partir de la asunción de que, a simple vista, la mayoría de las personas están en desacuerdo sobre casi cualquier cosa. Esto la vuelve especialmente apta para lidiar con la naturaleza esencialmente impugnada de la justicia en un orden internacional pluralista.

¹⁹⁸ Esto matiza lo que escribí en Goldmann, *supra*, nota 197, p. 1907, lo que ha sido criticado por Klabbers, *supra*, nota 168, p. 102. No considero que la distinción entre derecho vinculante y no vinculante sea imprecisa como criterio para una distinción teóricamente contundente entre diferentes formas de autoridad, en comparación con otros criterios. Pero el criterio de vinculatoriedad no debería ser equiparado con la distinción entre los actos que son autoritativos y los que no lo son.

THE CHANGES PROVOKED BY THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS –ESPECIALLY IN TIMES OF CRISIS– ON THE RELATIONSHIPS BETWEEN PARLIAMENT AND GOVERNMENT IN FRANCE, GERMANY AND SPAIN

DIANE FROMAGE¹

RESUMEN: Este artículo analiza la relación entre los Parlamentos nacionales y sus gobiernos en el proceso de integración europea a la luz de los casos alemán, español y francés. Demuestra que existen variaciones entre estados y a lo largo del tiempo. Los Parlamentos nacionales fueron considerados “perdedores” de la integración durante mucho tiempo pero su posición mejoró desde el Tratado de Maastricht y, aún más, desde la aprobación del Tratado de Lisboa. Sin embargo, la crisis económica y financiera sufrida por Europa amenaza en cierta medida esta tendencia positiva

PALABRAS CLAVE: *Unión Europea, Parlamentos nacionales, Tratado de Lisboa, Democracia, crisis económica europea.*

ABSTRACT: This article analyses the relationship between national Parliaments and their governments in the European integration process in the light of the French, the German and the Spanish examples. It shows that variations over the countries and over time exist. National Parliaments were long “losers” in this process but their position has been improving since the Treaty of Maastricht and even more so since the Treaty of Lisbon. The economic and financial crisis however challenges this positive tendency to a certain extent.

KEY WORDS: *European Union, National Parliaments, Lisbon Treaty, Democracy, European economic crisis.*

¹ Max Weber postdoctoral fellow in Law, European University Institute, Florence, Italy, <diane.fromage@eui.eu>. A previous version of this paper was presented at the conference of the International Association of Constitutional law held in Oslo in June 2014. I am thankful to all the participants of workshop 15 and especially to the professors B. Mathieu and J. García Roca for the opportunity they gave me to present my work.

SUMARIO: I. A clear predominance of the Executive until the entry into force of the Lisbon Treaty; II. The Treaty of Lisbon; III. Conclusion.

The European integration process has, undoubtedly, provoked important changes to the relationship between parliament and government in all Member States. This “europeanisation”, whose primary effect is the “transfer of legislative powers to the Council and European Parliament at the expense of national institutions and actors”,² has brought about a “deparliamentarisation.”³ Although national parliaments have themselves accepted this loss of powers by ratifying the successive Treaties, they are considered to be the great “losers” of the integration process.⁴ Their control over their “governments” action in this domain was not immediate, and looser than regarding internal affairs: Parliaments generally lacked information, technical knowledge, control and influence. In addition, when they were required to authorise the ratification of a Treaty, in reality, they were –and still are– tied to their government’s will: they only had veto power without having the possibility to amend the text itself. National parliaments are also in a similar position when they have to

² Adam Jan Cygan, *Accountability, parliamentarism and transparency in the EU* (Edward Elgar 2013), 19-20

³ The belief in the existence of such a “deparliamentarisation” due to the European integration process is widely spread and supported among the doctrine. Some, like Simon HIX and Raunio TAPIO, are however more sceptical and claim that “in fact, in some countries, European integration has been a catalyst in the re-emergence of parliaments. Legislatures, alarmed by governmental autonomy resulting from integration, have started to invest in holding executive office-holders accountable on EU-related as well as non-EU-related matters”. Tapio Raunio and Simon HIX, “Backbenchers learn to fight back: European integration and parliamentary government” (2000) 23 *West European Politics* 142–168 143. I consider that although this may be the case occasionally, the loss of parliamentary powers due to the European integration is much more important than this marginal phenomenon. However, the economic crisis and the measures it has required at European level may, in fact, lead to a change in this domain.

⁴ Andreas Maurer and Wolfgang Wessels, “National Parliaments on their Ways to Europe. Losers or Latecomers?”, Baden-Baden, Nomos verlag, 2001.

approve acts to enforce, i.e. to transpose, European legislation: their margin of appreciation is limited.

Their degree of marginalisation has, however, varied over time depending on several factors related to the depth of the integration or the political system of each Member States, among others.

In this contribution, I analyse how the European integration process has influenced the relationship between Parliament and Government over time. Some parts of the answer will be provided through a study in contrasts of the French, German and Spanish cases.

Such a historical approach is justified since it allows showing how the European integration process has affected the balance of powers in different manners, and it also permits comparisons among the Member States studied here. This will serve to highlight the importance of the political culture and of the political system in determining how, and how much, the relationship between executive and legislative powers was affected. These three Member States have furthermore been chosen for their individual characteristics in this respect: while Germany is a federal State with a traditionally strong parliament, Spain is a regionalised State in which parliament is much weaker and dependent on the government's will. Lastly, the French Constitution of the Fifth Republic –adopted in 1958– has long been qualified, with regard to the role it gives parliament, as a sum of all the possible means to weaken this institution after it had been so strong during the Fourth Republic (1946-1958)⁵. In addition, France and Germany are founding States whereas Spain entered the European Communities in 1986.

This study will firstly show that there was a clear predominance of the executive power until the Lisbon Treaty (I). The Maastricht Treaty also being a first turning point, this part will first focus on the period that preceded its entry into force (a) to present how it provoked some changes (b). Secondly, the new context that has

⁵ On the French “rationalised parliamentarism”: Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel* (Sirey 2012), 400.

existed since 2009 will be addressed (II): new context due to the entry into force of the Lisbon Treaty (a) and due to the ongoing economic and financial crisis (b).

I. A CLEAR PREDOMINANCE OF THE EXECUTIVE UNTIL THE ENTRY INTO FORCE OF THE LISBON TREATY

The first decades of the integration process were characterised by a quasi absence of National parliaments: the construction of the European Communities clearly empowered the executive with regard to the legislative.

Indeed, at that time, the Council—and hence, national governments—had the last say on virtually everything: the European Parliament played a mere consultative role until the co-decision procedure was introduced by the Treaty of Maastricht in 1992, and even after 1992, the co-decision was applied only in certain areas. In parallel, as will be illustrated below, the national parliaments exercised little control and had only limited information regarding European affairs.

This is unequally true of all Member State Parliaments, though, since for instance both British Chambers were given the means to follow EU Affairs—not necessarily to be informed or be in control—since their accession to the European Communities in 1973.⁶ However, it is true of the three Member States analysed here.

1. FROM A TOTAL ABSENCE...

Following the beginning of the integration process, the balance of powers between executive and legislative was modified, first of all, due to the fact that the Treaties approved were initially conceived,

⁶ See, on the UK Parliament: Adam Jan Cygan, *The United Kingdom Parliament and European Union legislation*, Amsterdam, Kluwer Law International, 1998. Also the Danish parliament is traditionally considered as a “strong scrutiniser” in EU affairs.

and perceived by the national legislatures, as ordinary treaties of international law.

For a long time, the parliamentary interest in these questions remained therefore very low –international affairs have always been a part of the reserved domain of the executive–. This made all the more surprising the fact that the European parliament was composed of national delegated deputies until the introduction of direct universal suffrage in 1979. It could have been expected that this double belonging would have ignited their curiosity and interest for these questions. However, this was not the case. In Germany for example, the real knowledge of deputies who were not also MEPs was extremely limited; the European documents were discussed in each sectoral committee individually and never in larger circles or during the sessions of the plenary⁷. A similar lack of interest existed among the French members of Parliament; only a few of them assumed the related tasks.

In fact, in Germany, the transfer of rights of sovereignty (*Hoheitsrechten*) to the European Communities was, originally, neither submitted to the vote of a qualified majority in the *Bundestag* nor was the approval of the *Bundesrat* even required.

Additionally, the parliamentary structures specifically designed to permit the participation of the chambers to the European integration process emerged very late, thus making their involvement very difficult. This is unsurprising given the double membership –national and European– that existed until 1979, and given the assimilation of those questions to the foreign affairs. It is therefore not until the introduction of direct universal suffrage that the French and the German Chambers effectively reformed their institutional structure in order to enable the parliamentarians to follow what

⁷ Philippe A. Weber-Panariello, *Nationale Parlamente in der Europäischen Union. Eine rechtsvergleichende Studie zur Beteiligung nationaler Parlamente an der innerstaatlichen Willensbildung in Angelegenheiten der Europäischen Union im Vereinigten Königreich, Frankreich und der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos verlag, 1995, p. 244.

was going on in Brussels more effectively. For instance, the German *Bundestag* created the Commission Europe (*Europakommission*) in 1983. This Commission faced severe difficulties and was reformed and transformed several times until 1992.

The German *Länder*, which delegates from their governments form the *Bundesrat*, identified the threat represented by the European integration to their competences from the very beginning of the integration.⁸ Although they tried to be involved in the European decision-making process to make sure that their competences would not be delegated to the Communities without them having a say, and to make sure that they would not be constrained in their decisions by the duty of execution of European acts in whose elaboration they had not participated, they only had more information and powers after the Single European Act of 1986;⁹ this was the condition they set up for their approval. It seems as if they had no other choice if they wanted to be heard because the federal Government had always been denying them the right to be involved, for example because article 32 Basic Law gave the Federation the exclusive responsibility in the domain of foreign affairs.¹⁰ In the 1980s, they became fully aware of the reduction of their capacity to approve national laws, and of the decrease of the *Länder's* prerogatives, and therefore realised that they had to take actions in the European domain.¹¹

⁸ See, regarding the *Länder's* attempt to be involved since the approval of the ECSC, R. Hrebk, "Doppelte Politikverflechtung: Deutscher Föderalismus und Europäische Integration. Die Deutschen Länder im EG-Entscheidungsprozess", in *Die Deutschen Länder und die Europäischen Gemeinschaften : Referate u. Diskussionsbeiträge eines Symposiums der Deutschen Vereinigung für Parlamentsfragen am 20./21. Juni 1986 in Stuttgart*, Baden-Baden, Nomos verlag, 1986. 18.

⁹ An Observer of the *Länder* was established in 1957 however to inform the *Länder* through the *Bundesrat*.

¹⁰ See on the arguments raised by the Federal Government: Hrebk, "Doppelte Politikverflechtung: Deutscher Föderalismus und Europäische Integration. Die Deutschen Länder im EG-Entscheidungsprozess" 19.

¹¹ C. Janowski, "Die Rolle von Bundestag und Bundesrat in der europäischen Rechtsetzung", in Peter-Christian Müller-Graff (ed.) *Deutschlands Rolle in der*

In sum, although both German Chambers had been examining all European documents since the approval of the Rome Treaties, the *Bundestag* gave itself the capacity to act efficiently only after several decades. This contrasts strongly with its position in internal affairs where it cooperates efficiently with the Federal Government. As for the *Bundesrat*, even though it adapted in a timely manner and had an efficient commission as early as 1957, its real capacities of influence were limited. Therefore, even if its approval is not always required for a federal law to be adopted,¹² its position in European matters was clearly less favourable than it was in internal affairs.

The French Chambers have faced similar difficulties but with the added challenge that the French parliament of the Fifth Republic (1958-...) is also characterised by weakness in internal affairs.¹³ In France too European affairs were long assimilated with foreign affairs, which are clearly part of the government's reserved domain according to article 20, and especially article 52, of the French Constitution. Furthermore, the French members of Parliament, who regularly held several terms, had, in general, little interest in European affairs, and, truth be told, could do little. It is striking that, originally, even the information regarding Parliament in European matters was not ensured by the government but by the

Europäischen Union, Baden-Baden, Nomos verlag, 2008, p. 316.

¹² In Germany, there are two types of federal laws: those whose adoption requires the approval of the *Bundesrat* (*Zustimmungsgesetz*) and those for which the *Bundesrat*'s opposition can be overridden by a vote of the *Bundestag* (*Einspruchsgesetz*). For more information regarding the legislative procedure: Wolfgang Rudzio, *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland* (VS Verlag für Sozialwissenschaften 2011) 237 ff.

¹³ The government has several instruments to tame the parliament to its will: the possibility for the government to commit its responsibility on a legislative project (art. 49-3 French Constitution), the possibility for it to organise a referendum on a legislative project or on the authorisation of ratification of an international Treaty (art. 11) or the right it long had to define the agenda of the assemblies. This predominance has, however, been mitigated, especially since the Constitutional reform of the year 2008.

European Parliament!¹⁴ There were no specific organs designed for the participation in European affairs either. The imbalance between government and parliament was in France even sharper than in other Member States: the parliament was not involved in the preparation of the European legislative proposals like in other States, and it did not necessarily participate in the so-called “descending phase”¹⁵ either. As in the German Bundestag, the first major change took place in 1979 with the creation of the Delegation for European affairs. However, these Delegations did not really contribute to the improvement of Parliament’s role in this domain since they were created as “organs of reflection”¹⁶ dependent on a permanent committee’s will to adopt their conclusions, and even if these conclusions were indeed adopted, they remained conclusions with no binding effect on the government whatsoever. As in internal affairs, the chambers had no possibility to adopt any resolution. The information they received – from the government then – was also incomplete since all documents were first submitted to the *Conseil d’Etat* that filtered those documents that affected the *domaine de la loi* (domain of the law) from those that affected the *domaine réglementaire* (regulatory domain), responsibility of the executive. Even the documents that the government had to send to the chambers since 1979 were, in practice, not transmitted until this obligation was constitutionalised in 1992.¹⁷

¹⁴ Didier Blanc, *Les parlements européen et français face à la fonction législative communautaire. Aspect du déficit démocratique* (L’Harmattan 2004) 295.

¹⁵ Opinion of the State Council of 20 May 1964 in favour of the adoption of (governmental) regulations to give application to regulations and decisions of the European Communities. Opinion of the State Council quoted by Loïc Azoulai: Loïc Azoulai, “La loi et le règlement vus du droit communautaire” [2006] *Cahiers du Conseil Constitutionnel* <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-cons>>, [last accessed, october 2015].

¹⁶ Assemblée nationale, *Fiche n° 54: Les délégations parlementaires*, Assemblée Nationale, Paris, 2012. <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/fiches_synthese/septembre2012/fiche_54.asp>, [last accessed, october 2015].

¹⁷ Marc Culot, “La place du Parlement national dans l’Union Européenne: Etude comparée entre la France et le Danemark”, *Revue internationale de Droit com-*

Regarding the French case, it can therefore be said that, in practice, the parliament was absent in European matters until the Maastricht Treaty, since the conclusions prepared by the Delegations, though being of very high quality and resembling resolutions, attracted the moderate interest of the government that was not bound by them.¹⁸ In a sense, the general weakness of the French Parliament was even amplified in EU affairs. A note should be made that this lack of structure and of capacity of the French parliament is accentuated by the very well-organised governmental structure in EU Affairs.¹⁹

The Spanish case is radically different from the French and the German ones. As has been mentioned in the introduction, Spain joined the European Communities in 1986 at a point when the integration process was already well advanced and its impact on the Member States was identifiable. The Joint Committee for the EU Affairs was created at the moment of the accession but a general pro-European attitude –that also long existed in France and in Germany–, combined with the strength of the political parties and the general weakness of the parliament *vis-à-vis* the government²⁰ led to the Joint Committee playing a secondary role in EU affairs. From the moment of the adhesion, its information regarding the legislative proposals and the Government’s policy was anchored in Law 47/1985 of 27 December but, in practice, this information

paré, 2004, 677–683 680.

¹⁸ Emmanuelle Saulnier, *La participation des parlements français et britannique aux Communautés et à l’Union européenne* (LGDJ 2002)544.

¹⁹ The General Secretary for European Affairs (SGAE) is the result of a long tradition that has existed since the beginning of the integration process. <<http://www.sgae.gouv.fr/site/sgae/SGAE/Le-SGAE/Historique>>, [last accessed, october 2015].

²⁰ The Spanish bicameralism is “asymmetrical and unequal” since the Congress of Deputies and the Senate have distinct attributions and since it is characterised by a clear superiority of the Congress. J. Garcia Morillo, “La estructura de las Cortes Generales”, in Luis Lopez Guerra, Eduardo ESPIN, Joaquín Garcia Morillo (eds.) *Derecho constitucional. Volumen II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. 71.

was often transmitted late and incompletely.²¹ This law additionally did not foresee any specific mechanism of influence or control. The members of parliament did make regular use of their traditional means of control (questions and hearings, for example) but these instruments were mostly used to the benefit of the government, to give visibility to its position rather than to control its action.

For these reasons, in Spain as well the government had a dominant position in the field of EU Affairs. Even if the parliament's weakness is striking, it is more easily understandable in view of parliament's general weakness in the national institutional system as compared to its German counterpart for instance. The assimilation of EU affairs with foreign affairs surely contributed to this situation, too.

It appears that the first decades of the integration were characterised by an empowerment of the government at the expense of the parliament, by governments that made the required decisions practically by themselves without being held accountable. Nevertheless, this situation did not appear to be too problematic as the public opinion was generally characterized by a mostly pro-European tendency, also based on an "output legitimacy".²² In other words, the European integration process was not questioned by the European peoples because it produced wealth and guaranteed peace.

²¹ Manuel Cienfuegos Mateo, "El control de las Cortes Generales sobre el Gobierno en asuntos relativos a las Comunidades europeas durante la década 1986-1995" [1996] *Revista de las Cortes Generales* 47-99 78. It is noteworthy though that this lack of information was not always due to the government's action: the EU Commission itself did not always provide a clear and complete Spanish version in due time, and in 1994 the Spanish parliament still complained of this failure to the Commission. Cienfuegos Mateo, "El control de las Cortes Generales sobre el Gobierno en asuntos relativos a las Comunidades europeas durante la década 1986-1995", 87.

²² F. W. Scharpf, "Economic integration, democracy and the welfare state", *Journal of European Public Policy*, vol. 4, no. 1, 1997, p. 18-36 originally talked about "output-oriented effectiveness".

2. ...TO A MINOR ROLE AFTER THE MAASTRICHT TREATY

With the creation of the Political Union through the approval of the Maastricht Treaty, a new opportunity to balance the predominance of the executive over the legislative power emerged.

The Treaty itself mentioned the national parliaments for the first time, although it did so in a declaration only. As a consequence, this declaration reflected rather a declaration of intention than any kind of formal obligation: with regard to the role of national governments, it simply foresaw that “the governments of the Member States w[ould] ensure, inter alia, that national Parliaments receive Commission proposals for legislation in *good time* for information or possible examination”.²³ This particularly vague wording –when is a “good time”?– did not provide national parliaments with a solid argument to base themselves on and claim more rights at the national level.²⁴

In Germany, however, the role of the *Bundestag* especially was reinforced. First of all, the Basic Law was reformed: the European integration process was constitutionalised with the introduction of articles 23, 45 and 52. The rights of the chambers in European matters were consequently guaranteed in the Basic Law; this guarantee was a complete novelty for the *Bundestag* whereas the rights of the *Bundesrat* were simply –but undoubtedly– improved.

²³ Emphasis added.

²⁴ When the Amsterdam Treaty was approved in 1997, this omission was corrected on French insistence and a minimum period of six weeks was guaranteed to national parliaments between the moment when the legislative proposal was made available to the Council and the European Parliament in all languages and its placement on the Council’s agenda. An exception of urgency was possible but had to be duly justified. Furthermore, the Declaration was replaced by a Protocol that has the same legal value as the Treaty whereas the Declaration is only of political value. The National parliaments were also to be informed of all Commission consultation documents and not only of the legislative proposals as was the case until then.

The introduction of article 23 Basic Law (Article Europe) clearly put an end to the assimilation of European affairs with foreign affairs. Furthermore, it introduced the requirement to obtain a qualified majority to transfer further competences to the Union whereas, until then, a simple majority and no approval of the *Bundesrat* were needed. The participation of both chambers in EU affairs is since guaranteed (“The Bundestag and, through the Bundesrat, the Länder shall participate in matters concerning the European Union”.). and so is the government’s duty of information (“The Federal Government shall keep the Bundestag and the Bundesrat informed, comprehensively and at the earliest possible time”). The Chambers should be granted the right to express their opinion, in any event for the *Bundestag* and with some restrictions related to its competences and the necessity to consult it in a similar case at national level for the *Bundesrat* (Art. 23-4 to 6 BL).²⁵

As regards the *Bundestag*, its Committee on the European Union was created and anchored in the Basic Law; this was the first efficient structure created therein. The *Bundestag* demanded to have the same rights as those given to the *Bundesrat* when the Single European Act was approved, and the Federal Constitutional Court’s decision (Maastricht decision) contributed to the larger implication of the *Bundestag* in EU affairs: the lower Chamber was granted a role in the EU’s democratic legitimation since the European Parliament still failed to fulfil this task.²⁶ In spite of these changes, the government conserved its predominant position: it was not until 2006 that the procedure for the transmission of all EU documents was defined,²⁷ and its obligation to take account of the *Bundestag*’s position –defined

²⁵ These criteria were modified in 2006 in the Federalism Reform II so that the *Länder* had better capacities of participation.

²⁶ BVerFGE, 155, par. 113 among others.

²⁷ Agreement between the German *Bundestag* and the Federal government on the cooperation in European affairs of 28.9.2006; it has since been incorporated to the Law on the cooperation between the Federal Government and the *Bundestag* in 2009.

by its Committee on the EU— during the negotiations was still weak (“Before participating in legislative acts of the European Union, the Federal Government shall provide the *Bundestag* with an opportunity to state its position. The Federal Government shall take the position of the *Bundestag* into account during the negotiations”. Art. 23-3 BL).²⁸ However, the Committee on the European Union has rarely made use of this prerogative, since the procedure is complex, since a frequent use of it would create animosity with the other committees and also —and most importantly— because the government also has “its” majority within the Committee.²⁹ Additionally, other rights were attributed to this Committee by the rule of procedures of the *Bundestag* (Art. 93). It thus appears that after the Maastricht Treaty the *Bundestag* was formally guaranteed more information and rights to participate in EU affairs —some of which have been mentioned here— but, in reality, the information provided remained poor until a few years before the entry into force of the Lisbon Treaty, and the use made of these prerogatives was not frequent. The deputies were in their vast majority not keen to dedicate energy to EU affairs, although an improvement in this domain between the middle of the 1990s and the middle of the years 2000 was visible.³⁰

As has been underlined, the position of the *Bundesrat* was improved by the constitutionalisation of its possibilities of participation that guaranteed them more formally, although it seems that this right was suspensory since the responsibility of the Federation for the whole Federal state had to be preserved (art. 23-5 BL).

²⁸ The doctrine generally considers that this does not represent an imperative mandate for the government, since a law should be approved to have such an impact. Roland Sturm and Heinrich Pehle, *Das neue deutsche Regierungssystem. Die Europäisierung von Institutionen, Entscheidungsprozessen und Politikfeldern in der Bundesrepublik Deutschland* (Springer 2012) 75.

²⁹ Annette Elisabeth Töller, „Dimensionen der Europäisierung—Das Beispiel des Deutschen Bundestages“ (2004) 1 *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 25–50 39-40.

³⁰ Töller, “Dimensionen der Europäisierung—Das Beispiel des Deutschen Bundestages”, 40-43.

It appears, as a consequence, that when the Lisbon Treaty entered into force, the German chambers had already started to gain some rights to be informed and involved in EU affairs after they had remained particularly weak during the first decades of integration in spite of the general strength of the *Bundestag* especially in the German political system. Yet, in practice, the Federal government still clearly held a dominant position in 2009.

A very similar conclusion can be drawn from the French and the Spanish cases: as has been shown, the French chambers were not even allowed to review all the European documents, and the conclusions they adopted had little value. With the entry into force of the Maastricht Treaty, and the constitutional reform its approval required in France as well, the predominance of the executive remained, although the statute of the parliament was slightly improved. These improvements are the fruit of the parliament's own will: it used this opportunity to –eventually– guarantee itself more rights in European matters.³¹ These changes affected its information –which was constitutionalised– and its capacity to approve resolutions,³² whose importance for the government was amplified thanks to a circular from the Prime Minister. It required that these resolutions should be “the object of an interministerial analysis so that they could be taken into account during the European negotiations”.³³ The obligation of the government did not go further, but parliament's role was reinforced by the introduction of a scrutiny reserve in 1994:³⁴ this aimed at

³¹ Jean-Dominique Nuttens, *Le parlement français et l'Europe: l'article 88-4 de la Constitution* (LGDJ 2001) 26 ff.

³² These novelties only applied to the I Pillar, though. Yet, the chambers still had the possibility to submit conclusions regarding other documents transmitted to them in accordance with the Decree 58-1100 of 17 November 1958.

³³ Circular of 21 March 1994 on the relationship between the French administrations and the institutions of the Republic, Official Journal of the French Republic of 31 March 1994, 4783.

³⁴ Circular of 19 July 1994 on the consideration of the opinion of the position of the French parliament in the elaboration of Community acts. Official Journal

providing a remedy for the fact that, until then, the chambers often adopted resolutions too late for them to be effective.³⁵ The entry into force of the Amsterdam Treaty also collaborated to providing greater information and increased capacity of participation to the chambers, since the government could also send them other documents that did not belong to the legislative domain on which they could prepare resolutions (art. 88-4 French Constitution).

As regards Spain, contrary to France and Germany, the entry into force of the Maastricht Treaty did not provoke the inclusion of the European integration process in the Constitution; until today, it is only mentioned in relation to the European budgetary “Golden rule” since article 135-2 and 3 were reformed in 2011. The law governing the Joint Committee was replaced in 1994 by Law 8/1994 of 19 May. The information of the Joint Committee was improved in general, and some specific means of action were introduced. For instance, the possibility to organise a debate on a legislative proposal in the Committee or one of the chambers is provided (art. 3c), and the Committee can request that the government be submitted to oral questions. However, following these debates, the Committee can only adopt a resolution which does not FORMALLY constrain the government’s position. After 1994, the Committee could also organize a debate with the government once a proposal submitted to scrutiny had been approved; however, this procedure only permitted a control *ex post* of the procedure followed, not of the outcome of the procedure itself.

As a result, the new law passed in 1994 following the entry into force of the Maastricht Treaty did improve the Joint Committee’s position

of the French Republic of 21 July 1994, 10 510. The impact of this positive change needs to be cautiously interpreted though: after the introduction of the scrutiny reserve, the number of accelerated exam procedures which, *de facto*, cancel the reserve, have grown so that the chambers still have no guarantee to have enough time to perform their scrutiny. On this growth: Blanc, *Les parlements européen et français face à la fonction législative communautaire. Aspect du déficit démocratique* 443 ff.

³⁵ Nuttens, *Le parlement français et l’Europe: l’article 88-4 de la Constitution* 89-90.

since the Committee was better informed and could better control the government's actions through debates. From the perspective of the balance of powers between the parliament and the government, the parliament remained weak and clearly inferior since the Government could decide to follow, or not, the recommendations expressed in the resolutions. Therefore, as the former judge of the Spanish Constitutional Court Pablo Pérez Tremps remarked the Spanish parliament was still part of the "group of countries where the parliamentary influence in EU matters is weak".³⁶

In spite of the improvements introduced in the three countries studied here following the entry into force of the Maastricht Treaty, the parliaments remained weak and the governments had the last say in EU affairs. In Germany, however, a new era began for the parliament after 1994: it was granted more importance and should have been better informed and have more prerogatives. This change is in line indeed with the German political culture. At this point in time too, the Federal Constitutional Court began protecting the parliamentary prerogatives from drastic limitations due to the European integration process.

II. THE TREATY OF LISBON

When the Treaty of Lisbon entered into force in 2009, it not only brought about profound changes in the EU integration process but it also granted directly prerogatives to national parliaments for the first time. As a consequence, a minimum level of parliamentary implication in EU affairs has now been set up and those Member States that still had not adapted to permit the participation of their parliaments in this domain were hence forced to adopt reforms.

³⁶ P. Perez Tremps, "La débil "parlamentarización" de la integración en España", in Eduardo Garcia De Enterría, Ricardo Alonso García (eds.) *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002. 410.

On the other hand, the economic and financial crisis that has been hitting Europe for the past years has also, once again, threatened the possibilities of participation of national parliaments. Many decisions adopted in this domain are –or at least were at the beginning– adopted in an anti-transparent and anti-democratic manner so that a new kind of European “democratic deficit” emerged, while the Lisbon Treaty had been deemed to have improved this European “democratic deficit”. Indeed, it now contains an extensive definition of the concept of democracy in the EU (art. 10 TEU) which grants special importance to the European Parliaments as guarantors of democracy.

In this second part, I would like to highlight some important developments that have affected the balance of powers related to both the Lisbon Treaty and the crisis.

1. THE LISBON TREATY AS AN ATTEMPT TO IMPLICATE NATIONAL PARLIAMENTS

The Treaty of Lisbon has, for the first time, acknowledged the importance of National Parliaments in the European Union since its article 12 TEU specifies clearly that “National parliaments contribute actively to the good functioning of the Union.” It gives them some specific rights and prerogatives: rights of information (art. 12-4, 12-c, 12-e) and rights of opposition (art. 12-b, 12-d, 12-f). Details for the implementation of these rights are contained in Protocols 1 and 2 annexed to the Treaty. They additionally have veto power when some of the passerelle clauses are used (art. 48-7 TEU and 81-3 TFEU).

The introduction of these dispositions regarding national parliaments is of great importance for the relationship between governments and parliaments at the national level: a minimum level of participation in EU matters is now secured to national parliaments in the Treaty itself since, for example, they can send their reasoned opinions notifying the breach of the principle of subsidiarity to the

European Commission. But what is more important with regards to their relationship with their own governments is the fact that since the entry into force of the Lisbon Treaty, Protocol 1 defines that “Commission consultation documents (green and white papers and communications) shall be forwarded directly by the Commission to national parliaments upon publication. The Commission shall also forward the annual legislative programme as well as any other instrument of legislative planning or policy to national parliaments, at the same time as to the European Parliament and the Council.” (art. 1) and that “Draft legislative acts sent to the European Parliament and to the Council shall be forwarded to national Parliaments” (art. 2). Previously, the Protocol on the role of national parliaments in the European Union annexed to the Amsterdam Treaty simply foresaw that “All Commission consultation documents (green and white papers and communications) shall be promptly forwarded to national parliaments of the Member States”. As a result, as has been shown, national parliaments lacked prompt and comprehensive information. By contrast, since the entry into force of the Lisbon Treaty, national parliaments are rather overwhelmed with the numerous EU documents they receive directly from the EU institutions.³⁷

The introduction of these new prerogatives has required an adaptation of the Member States, and this has been the opportunity for the national parliaments –or some of them at least– to regain control over their government in EU Affairs.

The German case is distinct from the French and the Spanish ones because the laws that have permitted the adaptation of the German institutional system to these novelties have gone beyond the content of the Lisbon Treaty: more rights were guaranteed, to the *Bundestag* especially. This also results from the decision of the

³⁷ However, certain deficits may still exist as for instance when trilogues take place. In the framework of these more informal negotiations, parliamentary involvement and information may be imperfect. See, for instance, House of Lords, “The role of National parliaments in the European Union”, 2014, 31.

Federal Constitutional Court that attributed a “responsibility for the integration” (*Integrationsverantwortung*) to the lower Chamber.³⁸ Indeed, four “accompanying laws” approved following the approval of the Lisbon Treaty on 8 September 2009 defined the modality of the Chambers’ participation.³⁹ One of them, the Responsibility for Integration Act submits the Government representative seating in the Council to the approval of a law or a motion before it can give its agreement to a decision in certain cases: for example, if the Council contemplates making a simplified revision of a procedure which is defined in art. 48-6 TEU, art. 281-8 TFEU or 311-3 TFEU, the German representative will only be able to give its consent –or not– once a law has been approved⁴⁰. Similar provisions regard the approval of the German representative in case of use of the procedure defined in art. 42-2 sub-paragraph 1 phrase 2 TEU, but in that case the *Bundestag* must first issue a decision authorising the participation or the abstention of Germany in the Council. This decision must later be confirmed by a law submitted to the approval of the *Bundesrat* too. The same rules apply to the use of the passerelle clauses contained in article 48-6 TEU and 81-3 TFEU for which

³⁸ BverfG, 2 BvE2/08 of 30 June 2009.

³⁹ The most important of these four laws is the Responsibility for Integration Act, the others being the Act Implementing the Amendments to the Basic Law for the Ratification of the Treaty of Lisbon, the Act amending the Act on cooperation between the Federal Government and the German *Bundestag* in matters concerning the European Union (EUZBLG) and the Act amending the Act on cooperation between the Federation and the *Länder* in matters concerning the European Union (EUZBLG). The Basic Law was also reformed (art. 23, 45 and 93); the paragraph added to article 23 now permits the control of the respect of the principle of subsidiarity *a posteriori*. The modification of article 45 allows the *Bundestag* to give more rights to its Committee on EU affairs, and the change made to article 93 regards the modalities of dispute settlement when there is a disagreement regarding their competences between the Federation and the *Länder*.

⁴⁰ The law does not contain any indication on the type of majority required. See on this point: A. von Arnould *et al.*, *Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen*, Nomos, Baden-Baden, 2011. 125-126.

the participation of the national parliaments is indeed foreseen in the Treaty contrary to the other cases. A law will also be needed to approve a European Council proposal to use the procedure defined in article 86-4 TFEU or if a decision is made by the Council to use that defined in article 352 TFEU.⁴¹ In other cases, the vote of the German representative in the European Council is only dependent on a decision of the *Bundestag* (and of the *Bundesrat*): this happens in case of use of special passerelle clauses (art. 31-3 TEU and 312-2 TFEU and 153-2, 192-2, 333-1 and 333-2 TFEU). It results from these changes that the Chambers have indeed been granted a responsibility for integration,⁴² the government is much less free to decide without the parliament's consent than it was before the entry into force of the Lisbon Treaty. In this sense, the long existing imbalance of powers has been, to some extent at least, improved. However, the procedures subject to the approval of a law or a resolution –passerelle clauses for example– are “Sunday questions”⁴³ rather than procedures used on a daily basis. And it remains unsure whether the parliament will be willing to activate these mechanisms, due to the political balances within it, or since the government is often supported by a coalition.

The French case is characterised by the fact that the Constitution of the Fifth Republic was deeply modified a few months after it

⁴¹ This is the flexibility clause. A law was approved, for example, when this clause was used for the replacement of Regulation (EC) n 1968/2006. Kristin Rohleder, “Die Beteiligung des Deutschen Bundestages an der europäischen Rechtsetzung in Theorie und Praxis” (2011) 2 *Zeitschrift für Gesetzgebung* 105–121 115.

⁴² There exists a certain “parallelism” between the responsibilities granted to the *Bundestag* and those granted to the *Bundesrat*. Fabian Wittreck, „Wächter wider Wille –Probleme der Beteiligung von Parlamenten am europäischen Integrationsprozeß auf Bundes- und Landesebene“ (2011) 2 *Zeitschrift für Gesetzgebung* 122-135 125. When only a resolution is required or when a use of the passerelle clauses defined in articles 48-7 TEU and 81-3 TFEU, some restrictions apply to the *Bundesrat*'s participation however.

⁴³ Simon Neumann in A. von Arnould *et al.*, *Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen*, Baden-Baden, Nomos, 2011, cit. 306.

was reformed to conform to the Lisbon Treaty.⁴⁴ The second reform aimed at modernising the institutions of the Republic and brought about a reinforcement of parliament with respect to the government in order to “rebalance the institutions of the V Republic”.⁴⁵ Regarding the relationship between parliament and government, these reforms –and the modifications of the chambers’ rules of procedure and of the Order of 1958 (58-1100 of 17 November 1958)– have led to better information for parliament: the restriction to the domain of law has now disappeared. Nevertheless, this reform merely ratifies the provisions according to which all EU documents are directly forwarded to national parliaments with no consideration of the French domain of the law. The chambers’ capacity to adopt resolutions has been extended accordingly. However, these resolutions are still the only instrument of influence at the parliament’s disposal, and the importance granted to them by the government is still limited to it being committed to examining “the consequences that have to be given to the assemblies” resolutions, given the French position”.⁴⁶ Both chambers also scrutinize European council meetings and governmental hearings are organised since the failure to adopt the Constitutional Treaty⁴⁷

⁴⁴ This reform of 23 July 2008 followed the Reform of 4 February 2008.

⁴⁵ Anne Levade, “Les nouveaux équilibres de la Ve République” [2010] *Revue française de Droit constitutionnel* 227–256 230.

⁴⁶ Circular of 21 June 2010, Official Journal of the French Republic of 22 June 2010, 11 232. However, the government now regularly informs the chambers about the follow-up it has given to their resolutions, which is an improvement, although this mechanism is only applied to the resolutions approved on a specific legislative proposal. As a consequence, if a resolution is adopted on the basis of another EU document or if it relates to a question of European policy in general, the government will not provide any information on the treatment reserved.

⁴⁷ See, on the scrutiny of European Council meetings: Kreilinger Valentin et al., “Report on France” in Wessels Wolfgang et al., “Democratic Control in the Member States of the European Council and the Euro zone summits –Annex 1”, [2013] European Parliament study available at <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474392/IPOL-AFCO_

whereas hearings around EU Council meetings have been put into place more recently, in autumn 2014, in the National assembly. Therefore, the government has been confirmed in its dominant position and the parliament is –still– marginalised to a certain extent in EU affairs or, at least, dependent on the government’s will to take its views into account.

The adaptation of the Spanish system to the content of the Lisbon Treaty operated through the adoption of two laws (law 24/2009 and 38/2010) that reformed the law of 1994 which defines the conditions of action of the Joint Committee on the EU. They contained novelties regarding the information provided to it by the government –although it remains limited to the proposals that have, in the government’s view, “a repercussion on Spain”– and to the Committee’s capacity to submit the government to oral questions. Apart from this, the content of the Lisbon Treaty regarding the participation of National parliaments in the EU has been strictly integrated and most of the new rights were granted to the Joint Committee. As a result, although the Joint Committee is slightly better informed and has more extended possibilities to call members of government to be accountable, in reality, the Lisbon Treaty has not substantially modified the relationship between the parliament and the government in EU affairs. The parliament’s weakness is still the rule and the government can still act in EU matters as it sees fit. Besides, the plenary is rarely involved outside of governmental hearings and so are sectoral committees given the fact that most

ET(2013)474392(ANN01)_EN.pdf>, [last accessed, october 2015]. Kreilingger Valentin et al., “Report on France” in Wessels Wolfgang *et al.*, “Democratic Control in the Member States of the European Council and the Euro zone summits –Annex 2”, [2013] European Parliament study available at <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474392/IPOL-AFCO_ET\(2013\)474392\(ANN02\)_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474392/IPOL-AFCO_ET(2013)474392(ANN02)_EN.pdf)>, [last accessed, october 2015]. And Diane FROMAGE, “National parliaments and governmental accountability in the crisis: theory and practice”, *Perspectives on federalism*, (2014) 6 149–171.

competences in terms of parliamentary scrutiny of EU legislative proposals still belong to the Joint Committee.

After 2009 as well, the German parliament is in better position than its French and Spanish counterparts: it has been granted more rights than those contained in the Treaties. This evolution confirms the tendencies previously observed.

2. *THE EUROZONE CRISIS*⁴⁸

The Eurozone crisis has, once again, modified the balance of powers between executive and legislative within the Member States—in the field of EU affairs—and more largely between the EU and its Member States, since it has resulted in a reinforcement of the European Central Bank and the EU Commission, two non-elected EU institutions⁴⁹, and of the European Council. As Katrin Auel and Oliver Höing highlight, there has been a “dramatic strengthening of European executives”.⁵⁰

It has required the quick approval of decisions at European level that have affected domains traditionally reserved for parliaments, such as their budgetary capacity. Furthermore, traditionally, national parliaments focused their control on the legislation rather than on the decisions made by their governments’ representatives or their

⁴⁸ This section will focus solely on the parliamentary involvement in the decision process taking place in the economic and financial area at EU level. Aspects related to the relationship between governments and parliaments in the fulfilment of EU obligations at national level, such as for example the implementation of the European semester, are not considered here due to their national nature.

⁴⁹ Underlined by the UK House of Lords: “The Role of National Parliaments in the European Union”⁴⁴ ff. The new possibility offered by the Two-Pack to the Commission to strike down National yearly budgets alone, that is without the Council’s approval, is particularly representative of this increase of power.

⁵⁰ K. Auel, O.höing, “Scrutiny in Challenging times-National Parliaments in the Eurozone crisis”, *European Policy Analysis-Steps*, vol. 2014, 1, 2014, 3.

heads of State.⁵¹ Moreover, some structures were created outside of the EU Treaties, and national governments tried to treat these matters as foreign rather than EU policies.⁵² Therefore, this new situation has represented a challenge for national parliaments that have had to adapt their control procedures. Before having a look at the adaptation of the three Member States analysed in this paper, it should also be recalled that it has not yet been possible to establish fully the interparliamentary conference on economic financial governance in the EU, set up in article 13 Treaty on Stability, Coordination and Governance (TSCG). Its first meeting was held in Vilnius in October 2013 but no effective and efficient agreement could be reached,⁵³ nor could any agreement be approved during the second meeting held in Brussels in January 2014. According to the French National assembly, the European Parliament's strong will to limit the scope of this conference and to affirm its own prerogatives played a major role in this failure.⁵⁴ The responsibility to approve the conference's rules of procedure was then delegated to the Speakers' conference –which brings together all national parliaments' speakers twice a year and has the task to decide on the main orientations of interparliamentary cooperation in the EU– and this conference finally approved guiding principles during its meeting in Rome in April 2015. The Conference is therefore expected to eventually approve its rules of procedure during this autumn.

⁵¹ W. Wessels; C. Heffler *et al.*, “Parlements nationaux : l'émergence d'un contrôle du conseil européen”, *Notre Europe Policy Paper*, 2013.

⁵² K. Auel; O. Höing, “Scrutiny in Challenging times-National Parliaments in the Eurozone crisis”, *op. cit.* 3.

⁵³ On this first meeting: V. Kreiling, “la nouvelle conférence interparlementaire pour la gouvernance économique et financière”, *Notre Europe Policy Paper*, 2013.

⁵⁴ Commission des affaires européennes, Assemblée Nationale, *Communication sur la conférence interparlementaire sur la gouvernance économique et financière de l'union européenne des 20-22 janvier 2014*.1.

The question of the parliaments' role in this field has had special importance in Germany where it has led to a revision of the Act on Cooperation between the Federal Government and the German Bundestag in Matters concerning the European Union (EUZBBG) in July 2013:⁵⁵ its article 1-2 now defines what the European affairs are, and that they include "international agreements and intergovernmental arrangements are also matters concerning the European Union if they supplement, or are otherwise closely related to, the law of the European Union." This article further defines that "[in] matters concerning the European Union, the Bundestag shall participate in the decision-making processes of the Federation". The reference to these "international agreements and intergovernmental arrangements" undoubtedly refers to the agreements reached outside of the Treaties in economic and financial matters. The reference to these questions is even clearer in article 4 that states that "The notification of the Bundestag under section 3 of this Act shall be effected in particular through the transmission of all of the following items received by the Federal Government: [...] documents: [...] of the euro summits, the Eurogroup and comparable institutions that meet on the basis of international agreements and other arrangements which complement or are otherwise particularly closely related to the law of the European Union". The *Bundestag* is also guaranteed comprehensive information by the Government "in writing and orally". On top of this, in their latest decision on the European Stability Mechanism (ESM),⁵⁶ the judges sitting in Karlsruhe also insisted on the obligation to involve the *Bundestag* as a whole in all the decisions related to the ESM. This duty has now been anchored in the Act on Financial Participation in the European Stability Mechanism whose articles 4 and 7 address the issues of the

⁵⁵ This reform followed the Federal Constitutional Court's decision on 19.6.2012, BVerfG, 2 BvE 4/11 in which it declared that the conditions and especially the timeframe of the *Bundestag*'s information was unclear.

⁵⁶ BVerfG, 2 BvR 1390/12 of 18.3.2014.

parliamentary involvement and information when this European Stability Mechanism is activated. Indeed, article 4 establishes that “The plenary of the German Bundestag will take responsibility for matters of the European Stability Mechanism that concern the budgetary comprehensive responsibility of the German Bundestag”. The budgetary comprehensive responsibility is particularly affected when stability aid is granted (art. 4-1-1 and 2) and when the approved share capital as well as the maximum loan volumes vary (art. 4-1-3). Furthermore, the Bundestag’s information and possibility to take position are comprehensively guaranteed in article 7: “The Bundesregierung [federal government] must comprehensively, at the earliest possible point in time, continually and as a rule in writing, inform the Bundestag and the Bundesrat in matters of this law. [...] The Bundesregierung must give the Bundestag, in matters that concern its competencies, opportunity to take a position; the Bundesregierung must also consider the opinions of the Bundestag.” The *Bundestag*’s budgetary responsibility is therefore considered to be safeguarded but the obligations of the Federal Government in this field are strictly and overwhelmingly defined.

It is thus clear that in Germany at least the Parliament cannot be set aside in these matters, and that this question attracts generally a large interest of the deputies who were the initiators of the request for constitutional review.

This situation in France is strikingly different from that in Germany: the rules governing the information or the rights of the Parliament have not been amended in relation to the crisis, nor have those relating to their capacities of actions including in the framework of the ESM. When decisions are taken in this field at European Council or EU Council level, the chambers benefit from the information and participation rights guaranteed to them by the rules in force and by customary procedures.⁵⁷ But they have not been

⁵⁷ Indeed, practice has been instrumental in permitting the control of European Council meetings in France and a more recent practice launched in

guaranteed any specific rights regarding Eurogroup meetings or any other type of body at EU level. For instance, contrary to Germany, parliament is only involved in the approval of capital payments in the framework of the ESM Treaty, and only in some part of it; and nothing further. On the other hand, this situation characterized by a limited involvement at national level might explain why –following their traditions– both French Chambers have shown a profound interest for the establishment of the conference provided for in article 13 TSCG.⁵⁸

The Spanish parliament, though Spain was most directly affected by the EU financial measures, did not formally gain special importance in this process either. It is for instance the government who is responsible for the compliance of Spain's obligations deriving from the ESM Treaty.⁵⁹ In February 2013 the socialist group had to insist on the necessity for the government to be submitted to oral question by the Congress of deputies or the Joint Committee

autumn 2014 now permits the involvement of the National assembly before EU Council meetings too. On the practice and parliamentary involvement in the framework of European Council meetings, see: Fromage, "National parliaments and governmental accountability in the crisis: theory and practice" The information related to EU Council meetings is extracted from the minutes of the EU affairs committee available on the National assembly's website.

⁵⁸ European resolution on the deepening of the Economic and monetary Union. SENAT, 4.2.2014. European resolution on the democratic anchorage of the European economic governance. Assemblée nationale, 27.11.2012. According to the French government, the annual reports which have to be sent to the European parliament and to the national parliaments on the application of the ESM Treaty, together with the creation of this interparliamentary conference, were included on France's initiative. D. Fromage and R. Gaddled, "Report on France" prepared in the framework of the project "Constitutional change through Euro crisis law" funded by the EUI research council available at <<http://eurocrisislaw.eui.eu/country/france/>>, [last accessed, october 2015].

⁵⁹ M. Estrada-Cañamares, G. Gómez Ventura & L. Díez Sánchez, "Report on Spain" prepared in the framework of the project "Constitutional change through Euro crisis law" funded by the EUI research council available at <<http://eurocrisislaw.eui.eu/country/spain/topic/esm-treaty/>>, [last accessed, october 2015].

in order to inform them before the ECOFIN Council meetings.⁶⁰ As underlined above, the parliament is generally weak in EU affairs, and in spite of the importance of the decisions made in economic matters, no further mechanisms have been created for its participation nor were even regular debates organized at the time when the European Council was making the most important decisions on Spain and its rescue.⁶¹ However, this situation seems to have been slightly improved as the parliamentary involvement in the framework of European Council meetings has recently become more frequent.⁶² This change might have intervened a bit late, though, as it was launched after the major decisions affecting Spain's financial situation and especially the rescue of its banking sector were taken at European level.

It seems that the economic crisis has empowered governments in general and has led them to approve at home more frequently acts that do not require any parliamentary consent.⁶³ In this context, there appears to be a cleft between Germany on the one hand, and France and Spain on the other, at least formally. It probably not only results from the role of parliament in general or in EU affairs—although empirical data shows that the classification between weak and strong parliaments is confirmed in this context⁶⁴ but also from the role Germany is playing as a moneylender rather than as a beneficiary. As the framework necessary to respond to the crisis of the European common currency has now been approved though, and as practice has often been instrumental in allowing national

⁶⁰ Official Journal of the *Cortes generales* n. 127 of 8 February 2013.

⁶¹ DG for internal policies; European Parliament, *Democratic control in the Member States of the European Council and the Euro zone summits*, 2013 56.

⁶² Fromage, "National parliaments and governmental accountability in the crisis: theory and practice".

⁶³ For example, in Spain, the number of decree-law has grown greatly.

⁶⁴ K. Auel; O. Höing, "Scrutiny in Challenging times-National Parliaments in the Eurozone crisis", cit.

parliaments to hold their governments to account, this state of facts might not be as dramatic as it seems in a first glance. Still, it would be desirable that parliaments (or their governments) develop procedures in order to be at least informed *ex ante* and *ex post* on the content of meetings organized at EU level that affect the economic and financial area.

III. CONCLUSION

This brief analysis has shown that national parliaments have passed from being strictly outsiders in EU affairs to being largely informed and capable of holding their governments to account, in the framework of the EU legislative procedure at least. Hence, although the governments still play *de facto* a major role in the European integration process at the expense of their parliaments –which are only directly involved in the framework of the control of subsidiarity–, the parliaments' position at national level has been improved following the entry into force of the Lisbon Treaty. This improvement is, however, once more challenged by the crisis and is requiring their adaptation to this unprecedented context that appeals for a change of focus –from a control of the legislative proposals to one including the positions defended by the ministries or the heads of State in the EU Council or the European Council meetings– while the national parliaments are at the same time also losing power within their very sphere of competences. This process, surely still ongoing, will show whether the parliaments, and especially the weakest ones, manage to regain their power even if no formal guarantees are introduced in their favour at national level.

THE TRANSFORMATIVE EFFECTS OF THE EUROZONE CRISIS ON NATIONAL PARLIAMENTS

CRISTINA FASONE¹

RESUMEN: Se considera generalmente que la crisis de la eurozona y la consiguiente reacción de las instituciones europeas y nacionales haya gravemente disminuido los poderes de los parlamentos nacionales. Este acontecimiento se ha producido en un contexto en el que el equilibrio interinstitucional dentro de los Estados miembros de la UE, en particular la relación entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, ha quedado afectado por el proceso de integración europea a favor de los ejecutivos desde hace mucho tiempo. El objetivo de este artículo es analizar si la crisis de la zona euro ha llevado verdaderamente a una marginalización de los parlamentos nacionales; o si, más bien, de acuerdo con las medidas adoptadas a nivel europeo y a nivel nacional y a la jurisprudencia constitucional, la crisis puede ser concebida como una oportunidad para los parlamentos para que redefinan su papel dentro de sus sistemas constitucionales. El artículo se basa en un análisis comparado de los parlamentos nacionales de cinco Estados miembros de la zona euro –Francia, Alemania, Italia, Portugal y España– seleccionados en base a los criterios que son sus formas de gobierno, la protección constitucional y judicial de las prerrogativas parlamentarias y las restricciones económicas y fiscales que padecen.

PALABRAS CLAVE: *Parlamentos nacionales, crisis de la zona Euro, prerrogativas constitucionales, Semestre Europeo, acuerdos intergubernamentales.*

ABSTRACT: The Eurozone crisis and the following reaction on the part of the European and national institutions are deemed to have severely undermined national parliaments. Such an outcome has

¹ Max Weber Postdoctoral Fellow in Law (2013-2015), European University Institute, Florence: <crisrina.fasone@eui.eu>. The author is grateful to the participants in the Amsterdam Center for European Law and Governance (ACELG) seminar, University of Amsterdam, 15 April 2014, and in the Workshop on “Constitutional and Financial Crisis”, IACL World Congress, University of Oslo, 18 June 2014, where previous versions of this article were discussed.

occurred in a context where the inter-institutional balance within the EU Member States, in particular the relationship between the legislative and the executive branches, has been reshaped by the process of European integration in favour of the executives for a long time. The aim of the article is to analyze whether the Eurozone crisis has really led to a marginalization of national parliaments; or, rather, according to the measures adopted at European and national level and to national case law, it can be seen as an opportunity for legislatures to redefine their role in the constitutional systems. The article is based on a comparative analysis of national parliaments in five Eurozone Member States –France, Germany, Italy, Portugal and Spain– selected because of their forms of government, of the constitutional and judicial protection of parliamentary prerogatives and of their economic and fiscal constraints.

KEY WORDS: *National Parliaments*, *Eurozone crisis*, *constitutional prerogatives*, *European Semester*, *intergovernmental agreements*.

SUMARIO: I. Introduction; II. Constitutional protection of parliamentary prerogatives during the eurozone crisis; III. Time constraints and parliamentary support; IV. Transparency problem and information asymmetry; V. Developments in parliamentary scrutiny and oversight powers; VI. Veto powers; VII. Conclusions.

I. INTRODUCTION

It is widely acknowledged that the position of national parliaments has been negatively affected by the reform of the economic governance in the EU.² After regaining some of the authority lost throughout the process of European integration thanks to the Treaty of Lisbon, just a few years after, at first look it appears that they have been marginalized again. Indeed, EU law stemming from the reform of the economic governance almost completely

² See M. Maduro, *A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice*, RSCAS Policy Paper, n° 11, EUI, Florence, 2012, 6 ff., B. Crum, *Saving the Euro at the Cost of Democracy?*, JCMS 51, 614-630, 2013, and K. Tuori & K. Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 195.

disregards national parliaments. Interestingly it has been one of the most criticized instruments adopted in the aftermath of the crisis, the Fiscal Compact (FC),³ an international agreement initially signed by all EU member states but the UK, the Czech Republic and Croatia outside the EU legal framework, which explicitly recognizes a role for the national parliaments of the contracting parties in controlling the implementation of the treaty together with the European Parliament (Art. 13 FC).

Yet, the implementation of the reform of the European economic governance at national level is bringing some innovations on the long standing operation of national parliaments, in particular in terms of enhanced transparency and strengthening of oversight and scrutiny powers. The crisis appears to have forced Parliaments to evolve and re-adapt. Although one could argue that the main “victims” or “losers” of the EU integration, national parliaments,⁴ have been further jeopardized by the withdrawal of a significant part of the budgetary powers, traditionally endowed in representative and elected assemblies, in favour of the EU intergovernmental or more technical institutions, such a loss of autonomy has likewise affected national executives that are no anymore independent in setting the directions of the financial and economic policies.

Even though this does not certainly lead to state that after the Eurozone crisis parliaments are much stronger than before, the reform of the economic governance has provided national parliaments with an input to exercise in a more systematic way powers that they already had or to conceive and arrange them according to new formats. Such a transformation does not occur equally, with

³ See P. Craig, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism*, ELR 37, 231 ff., 2012.

⁴ See J. O’Brennan & T. Raunio, *Deparliamentarization and European integration*, in J. O’Brennan & T. Raunio, eds., *National parliaments within the enlarged European Union. From “victims” of integration to competitive actors?*, Routledge, London and New York, 2007, 1-26.

the same intensity, and timing in all Member States and the process of adaptation is still underway. There are many asymmetries as for the position of the Member States and thus of their parliaments in the Eurozone crisis. Consequently, the degree of parliamentary autonomy on fiscal and budgetary matters varies a lot depending on the country. Parliaments bound by more European and international constraints are those of the 19 Eurozone countries that have benefited from financial assistance or support. Concerns have been addressed to the potential creation of “second class” parliaments. By contrast, other legislatures, like the German Bundestag, have regained significant influence and have become able to condition substantially the development of some Euro-national procedures of the economic governance.⁵ This enhancement can also be the result of decisions of other institutions, like Constitutional Courts, rather than coming from within the legislatures.

This article analyses if and how the position of national parliaments of selected Member States has changed in reaction to the Euro-crisis by looking at the legal norms which regulate their role and powers in the new economic governance and at their first enforcement. It also tries to explain from which direction and institutions the changes in the parliamentary positions have been driven, whether on the part of the parliament itself or by other actors. Five national parliaments have been selected, namely the French, the German, the Italian, the Portuguese, and the Spanish Parliaments, in the light of the different inter-institutional relationship existing between the legislative and the executive branch

⁵ On the asymmetries arising between national Parliaments, see K. Auel & O. Höing, *Parliaments in the Euro Crisis: Can the Losers of Integration Still Fight Back?*, JCMS, online since 5 August 2014, and C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, *Costituzionalismo.it*, 25 March 2014.

and of the economic situation in these Eurozone countries.⁶ Indeed, Germany is simply showing signs of macroeconomic imbalances; France is at risk of a macroeconomic imbalances procedure and since 2009 it has been subject to an excessive deficit procedure; Italy has been able to close the excessive deficit procedure in 2013, but is facing macroeconomic imbalances and received financial support from the European Central Bank (ECB) in 2011;⁷ Spain is subject to excessive deficit and macroeconomic imbalances procedures and received financial assistance for the banking sector; finally, Portugal is under excessive deficit procedure and, following the bailout, has been subject to strict conditionality until May 2014, when it exited the financial assistance programme.

The article argues that pre-existent domestic constitutional arrangements and current economic conditions of the Member States influence the parliamentary “response” to the Euro-crisis and that this reaction does not necessarily go in the direction of weakening parliamentary institutions. The article is devised as follows: section II looks at the constitutional provisions dealing with parliamentary powers on budgetary matters and on EU affairs;⁸ section III focuses

⁶ The paper has benefited from the information collected in the national reports on France, Germany, Italy, Portugal and Spain, written in the framework of the “Constitutional Change through the Euro-Crisis Law” project, run by the Law Department of the European University Institute (EUI) and funded by the EUI Research Council (2013-2015): <<http://eurocrisislaw.eui.eu/>>, [last accessed on 6 October 2014]. In this paper the analysis is mainly focused on the lower chambers, since the second chambers –except in Italy– are excluded from the confidence relationship with the executive. Portugal, instead, has a unicameral legislature.

⁷ On Germany, see European Commission, Economic and Financial Affairs, *Macroeconomic imbalances –Germany*, Occasional Papers 174, March 2014, Brussels; on Italy, see G. Boggero, P. Annichino, “*Who Will Ever Kick Us Out?*”: *Italy, the Balanced Budget Rule and the Implementation of the Fiscal Compact*, European Public Law 20, 250, 2014.

⁸ On the participation of national parliaments in EU affairs, see the national reports drafted within the OPAL network and now published in C. Heffler, C. Neuhold, O. Rozenberg, J. Smith, W. Wessels (eds.), *Palgrave Handbook on National*

on the time constraints imposed upon parliamentary procedures, in particular with regard to international agreements and EU Treaty amendments dealing with the Eurozone crisis; section IV deals with the transparency problem and with the information asymmetry between Parliaments and Governments; section V analyses the developments occurring about parliamentary scrutiny and oversight powers; section VI tries to examine potential cases of parliamentary vetoes; finally, section VII draws some conclusions.

II. CONSTITUTIONAL PROTECTION OF PARLIAMENTARY PREROGATIVES DURING THE EUROZONE CRISIS

Art. 3.2. FC states, in its last sentence, that the “correction mechanism shall fully respect the prerogatives of national Parliaments”. However, whether Parliaments are actually guaranteed or not mainly depends on national law.

The first instrument for the protection of parliamentary prerogatives in the context of the present financial crisis is represented by the Constitution. The Constitutions of the five member states under examination show a different degree of “commitment” in order to preserve the budgetary and fiscal powers of the Parliaments. While all of them empower the Parliament for the approval of the annual budget and the supervision over its implementation, only some Constitutions are suitable to directly allow the Parliament to play a role within the Euro-national budgetary process. Such a possibility also depends on the constitutional rules about national participation in the EU: indeed, even though only part of the reform of the European economic governance forms is regulated by EU law, it is mostly by means of the interplay between national and EU institutions that Euro-crisis measures are conceived and implemented.

Parliaments and the EU, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2015. The reports are currently available at <<http://www.pademia.eu/publications/opal-country-reports/>>, [last accessed on 6 October 2014].

For example, even after the reform of Art. 135 Const. that constitutionalized the balanced budget rule in 2011, the Spanish Constitution is devoid of provisions that protect or enhance the role of the Cortes Generales.⁹ Moreover, also the participation of the Spanish Parliament in the EU decision-making process lacks a constitutional coverage. Prior to the ratification of the FC, of the Treaty on European Union the European Stability Mechanisms (TESM), and of the amendment to Art. 136 TFEU, the Houses of Parliament could have requested the Constitutional Court to judge on the compliance of those treaties with the Constitution (Art. 95.2 Const.), should a doubt arise about the prospective violation of the parliamentary prerogatives. However, the Parliament did not use such a power.

Likewise in Italy the Parliament does not enjoy any constitutional protection as for its involvement in EU affairs. Yet, for the first time ever, constitutional law n° 1/2012, which has introduced the balanced budget clause into the Italian Constitution, provided the Parliament with scrutiny –i.e. ex ante control– and the oversight –i.e. ex post control– powers on public finance, in particular on the balance between revenues and expenditures and on the quality and quantity of the public administrations’ expenditures. (Art. 5.4 constitutional law n° 1/2012). By the same token, this constitutional law requires the creation of the fiscal council –the independent institution entitled to check the sustainability of the public accounts (Art. 3.2. FC)– within the Parliament, according to what specified by the parliamentary rules of procedure. Such provisions are able to strike the inter-institutional balance very much in favour of the Parliament, compared to the situation pre-Fiscal Compact.¹⁰

⁹ See V. Ruiz Almendral, “The Spanish Legal Framework for Curbing the Public Debt and the Deficit”, *EuConst* 9, 189-204, 2013.

¹⁰ See C. Fasone & E. Griglio, *Can Fiscal Councils Enhance the Role of National Parliaments in the European Union? A Comparative Analysis*, in B. de Witte, H. Héritier,

In France, the constitutional standing of the Parliament in the budget cycle has not changed following the FC, as no constitutional amendment was enacted in this regard according to the decision of the Constitutional Council of 9 August 2012 (Decision n° 2012-653).¹¹ Although Art. 3.2. FC imposes the Eurozone Member States to entrench the balanced budget clause –the limit of 0.5% of the structural deficit on the GDP– “preferably” at constitutional level, the French Constitutional Council ruled that the use of an Institutional Act satisfies the conditions of adopting “provisions of binding force and permanent character” also provided for by the FC.¹² However, in spite of the lack of specific constitutional norms on the Parliament in the new euro-national budgetary cycle, some constitutional provisions introduced in 2008, both for adapting the constitutional system to the Treaty of Lisbon and for re-defining the inter-institutional balance between the legislature, the executive branch and the Constitutional Council, have enhanced the position of the Parliament. In particular, “Parliament shall pass statutes.

A.H. Trechsel, eds., *The Euro Crisis and the State of European Democracy*, Fiesole, EUI, RSCAS and EUDO, 2013, 264-305.

¹¹ Art. 34 Fr. Const., provides: “Social Security Financing Acts shall lay down the general conditions for the financial equilibrium thereof, and taking into account forecasted revenue, shall determine expenditure targets in the conditions and with the reservations provided for by an Institutional Act.” However, as pointed out by G. Carcassonne, *La Constitution*, 11 ed., Editions du Seuil, Paris, 2013, §232-233, this provision has always been interpreted simply as fixing a mere objective rather than an immediately enforceable rule. On 13 July 2012 the President of the French Republic, François Hollande, had requested the *Conseil constitutionnel* to decide on whether the authorization to the ratification of the FC had to be preceded by a constitutional reform (Art. 54 Fr. Const.), whose process had already started at that time.

¹² Institutional Acts can be adopted with regard to specific subject matters provided by the Constitution (i.e. referendum, conditions of approval and content of budget acts, etc.) and only by absolute majority in both Chambers. Prior to their entry into force, they are subject to the *ex ante* constitutional review by the Constitutional Council (art. 46 Fr. Const.).

It shall monitor the action of the Government. It shall assess public policies” (Art. 24 Const.) and is allowed to actively participate and orient the action of the executive in shaping the EU legislative process (Arts. 88-4 to 88-7 Const.).¹³ Since before 2008 the oversight powers of the Parliament, in particular of its standing committees, were very limited,¹⁴ the change is a major one in the French constitutional landscape and it might affect also the reaction of the Parliament to the new external constraints on the budgetary procedures.

Not even in Portugal has constitutional law been changed after the reform of the economic governance. Art. 105.4 Const. already contained a balanced budget clause, although it has been generally interpreted as having a programmatic rather than a strictly binding nature.¹⁵ By looking at constitutional provisions, the position of the Portuguese Parliament –at least in principle– appears to be secured in the budgetary process and in relation to EU affairs. The budget is drawn up on the basis of the multi-annual planning options adopted by the Parliament, upon governmental proposal (Art. 105.2 Const.); the execution of the budget is scrutinized by the Assembly and the Court of Auditors (Art. 107); the parliamentary authorization is required for the Government in order to contract and grant loans and other lending operations and to set “the upper limit for guarantees to be given by the Government in any given year” (Art. 161.h Const.), which seems particularly relevant in the context of the Portuguese bailout. Moreover, the Portuguese Parliament has been granted a constitutional protection as for its

¹³ On the participation of the French Parliament in the scrutiny of EU policies, see, for a critical appraisal, A. Dyevre, *The French Parliament and European Integration*, European Public Law 18, 527–547, 2012, and D. Jančić, *The French Parliament: A European Scrutineer or National Actor?*, European Public Law 19, 129–159, 2013.

¹⁴ See the decisions of the *Conseil Constitutionnel* n° 59-2 DC, of 24 June 1959 and n° 63-25 DC of 21 January 1964. See also P. Avril & J. Gicquel, *Droit parlementaire*, 4th ed., Paris, Montchrestien, 2010, 302.

¹⁵ “The Budget shall provide for the income needed to cover expenditure (...).”

participation in EU decision-making process and the Government must inform the Parliament “in good time” as for the developments of the EU integration process (Arts. 163.f and 197.i). It should be noted that the Portuguese *Assembleia da República* is by far the most active national Parliament in the EU as for the number of opinions transmitted to the European Commission on EU draft legislative acts, which account for more than 23% of all opinions addressed to the Commission.¹⁶

The German Basic Law, revised in 2009 about the adoption of stricter budgetary constraints and eventually acting as an input for the adoption of the FC, does not protect parliamentary prerogatives in a much more extensive way compared to the other four Constitutions as for the wording of the constitutional text (Arts. 110 and 115.1 GG). Only with regard to EU affairs, according to Art. 23.2 and 23.3 GG is the government bound by a duty to inform the Parliament on the participation in the EU “comprehensively and at the earliest possible time” and to take into account the *Bundestag* position during the negotiations in Brussels. This is significant insofar as Art. 109 GG, on the budget management in the Federation, establishes that the obligations for the maintenance of budgetary discipline and for the overall economic equilibrium result from EU Treaties and legal acts.

However, compared to the other Parliaments and in the light of equivalent constitutional provisions, the position of the *Bundestag* has been strengthened by the constitutional interpretation of the

¹⁶ See European Commission, Annual Report 2014 on relations between the European Commission and national parliaments, COM (2015) 316, 2 July 2015, p. 3. D. Jančić, “The Portuguese Parliament: Blazing the Trail to the European Scrutiny Trophy?”, *Interdisciplinary Political Studies* 1, 93-108, 2011, argues that thanks to the legislative reforms and the amendments of the parliamentary rules of procedure adopted from 2006 to 2010 the position of the Portuguese Parliament towards the Government on EU affairs has been significantly strengthened and made more autonomous. However, the combined effect of the rescue package and of the decisions of the Portuguese Constitutional Court in 2012, 2013 and 2014 has severely affected the position of the Parliament.

German Constitutional Court. Relying on its consolidated case law inaugurated by the ruling of 30 June 2009 on the Treaty of Lisbon,¹⁷ the involvement of the *Bundestag* in the Euro-national procedures of implementation of the new economic governance has been gradually reinforced. The judicial protection of the *Bundestag* is built upon a peculiar interpretation of Art. 38.1 GG on the right to vote for the *Bundestag* as a “right to democracy” –right that would be irretrievably impaired if the powers and the autonomy of this chamber, where people are represented, are severely limited– in conjunction with Art. 20.2 GG that identifies the source of the state authority in the people and in the elections and Art. 79.3 GG, the eternity clause, which makes the democratic principle unamendable as part of the German constitutional identity. Furthermore the Court has recognized that the *Bundestag* enjoys an overall budget responsibility that is directly linked to the democratic principle.

The position of the *Bundestag* in the European economic governance is stronger than those of other Parliaments because of the “external” protection provided by the German Constitutional Court, which has requested incremental changes in the national law of implementation of the new economic governance, decision after decision. Even in the last decision on the “saga”, on 18 March 2014, although the Court upheld the constitutionality of the EU Council decision of 2011 to amend Art. 136 TFEU, of the TESSM, of the FC, and of their national acts of implementation, it did not forget to recall its warning against the marginalization of the *Bundestag* in the budgetary process.¹⁸

¹⁷ The reasoning of the Court was initially and partially developed in the *Maastricht Urteil* of 12 October 1993 (BVerfGE 89, 155). The literature on the Lisbon decision is endless. For a comparative overview of the *Lissabon Urteil* with other decisions of Constitutional or Supreme Courts on the same Treaty, see M. Wendel, *Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives*, EuConst 7, 96-136, 2011.

¹⁸ See BVerfG, 2 BvR 1390/12, §161: “Deciding on public revenue and public expenditure is a fundamental part of the ability of a constitutional state to democratically shape itself (cf. BVerfGE 123, 267 <359>; 132, 195 <239>,”

The asymmetric position of the German *Bundestag vis-à-vis* other national Parliaments is also proved by the conduct of EU institutional actors. This Chamber was the only one visited by the President of the ECB, Mario Draghi, on 24 October 2012, to be reassured about the effects of the ECB Governing Council's Decision of 6 September 2012 concerning Outright Monetary Transactions (OMT).¹⁹ Nonetheless, Mr. Draghi's speech failed to convince part of the parliamentary audience and indeed the parliamentary group *Die Linke* brought an *Organstreit* proceeding before the Constitutional Court against the OMT decision that is still pending (BVerfG, 2 BvR 2728/13).²⁰ In the order for its first preliminary reference to the Court of Justice of the EU, the German Constitutional Court referred extensively, as usual, to the need to protect parliamentary prerogatives (Artt. 38.1, 20.e 2, 79.3 GG).

For whatever reason the German Constitutional Court has taken up this role of guarantor of the Parliament—self-interest in extending the standards for constitutional review of legislation or improving its legitimacy as guardian of the democratic institutions—a similar approach is lacking in the Constitutional or Supreme Courts of the other four Member States. For example the French Constitutional Council in its decision on the compatibility of the Institutional Act on the Programming and Governance of Public Finances with the Constitution,²¹ for the implementation of the FC, has clearly stated that the new law does not encroach upon parliamentary prerogatives

n° 106). The German *Bundestag* must therefore make decisions on revenue and expenditure with responsibility to the people”.

¹⁹ While national Parliaments have been visited by commissioners in the last few years, the President of the European Central Bank so far had been engaged only in the monetary dialogue with the European Parliament.

²⁰ See *Special Issue. The OMT Decision of the German Federal Constitutional Court*, GLJ 15 (2), 2014, available at: <<http://www.germanlawjournal.com/>>, [last accessed on 6 October 2014].

²¹ *Loi organique n° 2012-1403 du 17 décembre 2012 relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques.*

in budgetary matters (Decision n° 2012-658 DC of 13 December 2012, § 12), whereas, starting from decision n° 187/2013, the Portuguese Constitutional Court has not hesitated to struck down provisions of the annual Budget Act in the name of the equality principle, the principle of legitimate expectations, and the principle of proportionality equality.²² The budgetary authority of the Portuguese Parliament, severely constrained by the Memorandum of Understanding (MoU) and by the Economic Adjustment Programme whose content was substantially transposed into the Budget Acts, has been ultimately defeated by this line of case law.

III. TIME CONSTRAINTS AND PARLIAMENTARY SUPPORT

The action of democratic institutions has been increasingly subject to time constraints. Such trend has been especially challenging for Parliaments as spaces open to public debate, where pluralism is guaranteed, and where the timing of law making often clashes with the plethoric composition of the institution, in particular in plenary sessions. Moreover Parliaments sometimes work according to century-old traditions that are not easily to accommodate with contemporary time constraints. Furthermore in parliamentary (Germany, Italy, and Spain) or semi-presidential (France and Portugal) forms of government –like those under examination– the legislative agenda and parliamentary order of business are mainly shaped by the executive branch.

²² See J. E. M. Machado, *The Sovereign Debt Crisis and the Constitution's Negative Outlook: A Portuguese Preliminary Assessment*, in X. Contiades, ed., *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham, Ashgate, 2013, 235, M. Nogueira De Brito, *Comentário ao Acórdão n° 353/2012 do Tribunal Constitucional*, Direito & política, 108 ff., 2012, and R. Cisotta & D. Gallo, *The Portuguese Constitutional Court case law on austerity measures: A reappraisal*, in B. De Witte & C. Kilpatrick, eds., *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI Working Papers, Law 2014/05, 85-94.

The financial crisis has put another external constraint upon parliamentary authority. While the timing of the European Semester, defined by the six-pack and the two-pack and by national law, is now standardized –2015 is the fourth year in which the cycle of the European Semester is completed– and all political actors, at EU and national level, Parliaments included, know in advance when they have to submit reports, documents, plans, opinions and recommendations, major problems have been created by the authorization to ratify the international financial instruments of the economic governance or by the implementation of the rescue packages and the payment of the installments in favour of the “debtor” countries. The threat of the financial crisis and of the bailouts has promoted a climate of permanent urgency.

In Spain even the constitutional reform was finalized in record time:²³ from the proposal of constitutional bill to its publication on the Official Journal (BOE) only thirty-two days elapsed, from the end of August to the end of September 2011. The constitutional bill was examined by means of the urgency procedure and in *lectura única* –i.e. directly debated and adopted by the *plenum* without prior scrutiny by standing committees–, all the amendments tabled were rejected, except those aiming to correct the wording of the provisions, and the referendum was not requested (Art. 167.3 Sp. Const.). The overall majority of the two Chambers agreed on the reform, whereas only some left-wing parties, like *Izquierda Unida*, shown their discontent. Even before the reform was adopted, on 8 September 2011, *Izquierda Unida* lodged an appeal before the Constitutional Court on a procedural ground and it asked for the annulment of the constitutional reform vitiated by the use of the urgency procedure. The appeal was declared inadmissible and basically this was the only parliamentary reaction to the reform.

²³ See J. García Roca & M. Martínez Lago, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional ad endeudamiento*, Pamplona, Aranzadi, 2013, 73 ff.

Although the timing was slightly more relaxed, also for the Italian standard the constitutional reform went very fast. It took longer, from September 2011 to April 2012 for the final approval of constitutional law n° 1/2012, because the Italian procedure for constitutional amendments needs the adoption of the same text by each Chamber in two deliberations at intervals of no less than three months one from the other (Art. 138 It. Const.). The approval of the reform in the second deliberations showed such a level of consensus –beyond the two thirds majority required– that not even a constitutional referendum could be requested.²⁴ When facing the crisis, political groups appear to abandon their traditional struggle between majority and opposition and created a cross-party alliance, with very few exceptions also in Italy (like North League).

Fast track procedures or the merger in a single debate and instrument of implementation or ratification of several international financial measures has been the rule also in France, Portugal, and Germany, together with a very broad support on the part of political parties. In France, for example, the act approving the amendment of Art. 136 TFEU authorized at the same time the ratification of the TESM, following a joint debate of the two measures and the use of the accelerated procedure (Art. 45 Fr. Const.). By this procedure the legislative process is shortened and only one reading in each Chamber takes place before a joint committee between the National Assembly and the Senate is summoned, in the event of disagreement. Therefore the whole process was very short and the debate extremely limited, but this happened once again with the agreement of an overwhelming majority in Parliament.

²⁴ According to Art. 138 It. Const. the condition for presenting a request for a constitutional (confirmatory) referendum by 500000 citizens, five regional Councils, or one fifth of the members of a House, is that the threshold of two thirds of the members in each Chamber in the second deliberation is not reached, but only the absolute majority of MPs and senators voted in favour.

Similarly in Portugal the FC and the TESM were debated jointly and by means of two different parliamentary resolutions their ratification was authorized on 13 April 2012. In spite of the support of the major political parties, criticism arose as for the lack of parliamentary involvement during the previous negotiations as well as the absence of debate in Parliament about two different though linked Euro-crisis instruments. The proposal to apply Art. 295 Pt. Const., which allows to hold referenda “on the approval of a treaty aimed at the construction and deepening of the European Union”, was disregarded. Although the FC and the TESM are not part of EU law, indeed they contribute to the construction and consolidation of the process of European integration.

Even in Germany the bills authorizing the ratification of the amendment to Art. 136 TFEU, the FC and the TESM were introduced on the same day, debated together as if they were one single tool, and adopted almost contextually, in June 2012. The only fierce opposition was that of *Die Linke* that basically challenged the validity of any of these measures by means of an *Organstreit* proceeding before the German Constitutional Court followed by thousand individual complaints.

Except for the concerns expressed by few parliamentary opponents of the new economic governance with regard to the impairment of parliamentary and people’s sovereignty, in the five Member States a wide convergence of interests and positions emerged. Parliamentary debates were usually subject to pressing time constraints, but when the Euro-crisis measures were discussed the greatest majority of members of parliaments (MPs) appeared supportive of the new regulatory instruments.²⁵ Whether such an outcome was an inevitable choice dependent on the seriousness of the financial crisis and on

²⁵ By contrast, while lacking in Parliament, the debate was fierce in the academia and literature: see M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, Astrid.eu, September 2012 and F. Balaguer Callejón, “Presentación”, *Revista de derecho constitucional europeo* 16, 2011.

the need to adopt the rescue packages as soon as possible or, by contrast, it depends on a structural transformation of the national inter-institutional balance at this stage remains unclear.

IV. TRANSPARENCY PROBLEM AND INFORMATION ASYMMETRY

No parliamentary debates took place on Euro-crisis crucial measures, for example in Italy, Portugal, and Spain on the financial support received and on the adoption of the rescue packages. The inclusion of Italy in the Securities Market Programme of the ECB was maintained almost secret in spite of the exchange of letters between the President and the incumbent President of the ECB and the Italian Government, which was disclosed in late 2011.²⁶ By the same token once the bailout was declared, the Portuguese and the Spanish Parliaments, did not examine the content of their MoU and Financial Assistance Facility Agreement, neither before they were agreed nor immediately after. They were not involved during the negotiation and the respective Governments chose to consider these agreements as not subject to parliamentary approval before the ratification (Art. 94.2 Sp. Const., Arts. 197.1.c and 200.1.d Pt. Const.).²⁷

The lack of transparency about the negotiation of the rescue packages has effectively impaired the ability of the Parliaments, in particular in Portugal and Spain, to control the government, either because the approach of the legislatures was too deferential

²⁶ The letter of the ECB Presidents was originally published only by Italian newspapers, like *Corriere della Sera*, on 29 September 2011, and not officially: <http://www.corriere.it/economia/11_settembre_29/trichet_draghi_italiano_405e2be2-ea59-11e0-ae06-4da866778017.shtml>, [last accessed on 6 October 2014].

²⁷ What the Portuguese Assembly and the Spanish Congress of Deputies have been able to do is simply to debate and pass the laws implementing the measures agreed through the MoU. In the case of Spain those measures have been adopted mainly by means of decree-laws issued by the executive and converted into laws, without amendments, by the *Cortes Generales* (Art. 86 Sp. Const.).

towards the executives or because legislatures were not in the condition to exercise any influence. Due to the political crisis in 2011, the Portuguese Assembly was able to debate the MoU and the Financial and Economic Assistance Programme only one year after their adoption when the measures agreed with the Troika (ECB, IMF, and European Commission) were included into the annual Budget Act. By the same token, only in 2013 former Spanish Prime Minister Zapatero disclosed to the public the letter received by the ECB in August 2011 –when also the Italian Government received the letter– rightly before the constitutional reform was adopted and whose existence he had always refused to admit.²⁸

In spite of this scenario, there are, however, strong signals of an increasing attention towards the transparency problem for the Parliaments and several attempts to reduce the information asymmetry in favour of the Governments have been made.²⁹ While the transparency problem has concerned specifically the budgetary authority of Parliaments facing the bailout, it has been gradually overcome within the European Semester thanks to the role played by courts, namely the German Constitutional Court, as a source of inspiration also for the legislation in other Member States,³⁰ and by fiscal councils.

In France, when the Council of State was asked by the Government if the EFSF framework agreement and its amendments could be legitimately ratified without parliamentary authorization although the framework agreement could fall within those treaties

²⁸ Significantly the letter was published as an annex to his biography: J. L. Rodríguez Zapatero, *El Dilema: 600 Días de Vértigo*, Barcelona, Planeta, 2013, 405-408.

²⁹ See D. Curtin, *Challenging Executive Dominance in European Democracy*, MLR 7, 1-32, 2014.

³⁰ This is very patent when Italian legislation, in particular laws no. 234 and 243 of 2012, is examined in comparison to the principles and the statements made by the German Constitutional Court in its judgments on the Euro-crisis measures.

“committing the finances of the state (Art. 53 Fr. Const.)”, the Council stated that the approval of the Parliament was not necessary but the information right of the Parliament had to be protected. Thus, when implementing the framework agreement the consolidated version of the treaty as well as subsequent modifications had to be transmitted to the Parliament.³¹ Moreover, the amending Budget Act adopted on 7 June 2010 (Law n° 2010-606 de finances rectificative pour 2010) –the first act to implement the EFSF in France– required that the standing Committees on finances in both Chambers are duly informed of any loans and funding granted via EFSF.³²

The German Constitutional Court took the lead in promoting the right of the Parliament(s) to be informed. In its ruling of 28 February 2012 (2 BvE 8/11), on the *Bundestag*’s right of participation in the EFSF and particularly in authorizing the extension of the guarantees for the fund, the constitutionality of two legislative acts, the *StabMechG* (Act on the Assumption of Guarantees in Connection with a European Stabilisation Mechanism, Euro Stabilisation Mechanism Act) of 22 May 2010 and the Act Amending the Euro Stabilisation Mechanism Act of 14 October 2011, which extended the EFSF’s maximum loan capacity, was challenged on the ground of the usual standards of review: Art. 38.1 GG in conjunction with Art. 20.1. and 2 GG, and Art. 79.3 GG. If a revision of the guarantee facilities on the part of Germany is needed, the consent of the *Bundestag* is required. In situations of particular urgency and confidentiality, the consent is given by a new parliamentary body established by the *StabMechG* (Art.3.3), the *Sondergremium*, on behalf of the *Bundestag*. The *Sondergremium*, which is elected from among

³¹ The opinion of the Council of State was adopted in its capacity as an advisory body of the Government: see Conseil d’Etat, *Rapport public 2012 - Volume 1: activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, 145.

³² On parliamentary debates related to the EFSF, see in detail, C. Closa & A. Maatsch, “In a Spirit of Solidarity? Justifying the European Financial Stability Facility (EFSF)” in *National Parliamentary Debates*, JCMS 52, 826-842, 2014.

the members of the Budget Committee, in cases of particular confidentiality is informed about the government's operation on the EFSF in place of the *Bundestag* (Art. 5.7 *StabMechG*). Although the Constitutional Court affirmed that this provision –which transfers the right to be informed from the plenary to a minor parliamentary body– did not violate Art. 38.1 GG, the rights of every MP to be informed can be restricted “only to the extent that is absolutely necessary in the interest of Parliament's ability to function”. Therefore an interpretation of the provision in conformity with the Constitution is required: the right to be informed can be only temporarily suspended as long as the reasons for keeping the information confidential remain. Once the reasons for the confidentiality have ceased, the Government must inform the *Bundestag* “without delay about the involvement of the *Sondergremium* and the reasons justifying such involvement”.

The reasoning used in this decision about the right to information was further developed in a subsequent judgment of the German Constitutional Court of 19 June 2012 (2 BvE 4/11). The Federal Government had violated the right of the *Bundestag* to be informed in connection with the European Stability Mechanism (ESM) and the Euro Plus Pact. In particular, the Court acknowledged that Article 23.2 sentence 2 GG, which obliges the Federal Government to keep the *Bundestag* informed, comprehensively and at the earliest possible time, “in matters concerning the European Union”, also applies to international treaties and political agreements negotiated outside the EU Law framework though linked to the European integration. According to the Court, the Government failed to provide the relevant information to the Parliament although it was the initiator of those pacts together with France. The *Bundesverfassungsgericht* set also specific standards of quality and quantity for the information to be transmitted to the *Bundestag*. The Parliament must be informed comprehensively and at the earliest possible time, so that the *Bundestag* can contribute effectively to shape the government's

position (the Parliament must have a direct influence on it). The disclosure of information also “serves the publicity of parliamentary work”, a condition that the Court derives from the protection of the democratic principle embedded in Art. 20.2 GG.

According to the Court, the more complex a matter is and the more intrusive on Parliament’s legislative power a measure is, the more the Government is bound to provide detailed and precise information. The duty to inform does not regard only governmental acts or documents, but also official materials of the EU institutions, of international organizations, and of other Member States, and must be supplied in written form as a general rule. Furthermore, the information must be transmitted step by step and not “in an overall package”, once the decision-making process has been completed. As a consequence of these decisions, the *Act on Financial Participation in the European Stability Mechanism (ESMFinG)* and *Law to the Contract on March 2, 2012 on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union*, about the FC, both adopted on 29 June 2012, set higher thresholds as for the quantity and the quality of the information to be provided to the *Bundestag*. Finally in the decision of 12 September 2012 the Court has reached the final outcome of its reasoning by connecting expressly the right to information to the performance of the overall budgetary responsibility by the *Bundestag*. The latter is dependent upon the former (§ 215): “Sufficient information of parliament by the government is therefore a necessary precondition of an effective preparation of parliament’s decisions and of the exercise of its monitoring function”.

While it aims to enforce the right to information of the *Bundestag* in front of the crisis, the German Constitutional Court sometimes has also spoken about the rights of national parliaments in the EU in general. This request for more transparency in the negotiation, adoption and implementation of the European economic governance at national level as the only condition to preserve the democratic principle and the principle of parliamentary budgetary

responsibility has had an echo also in the other four Member States. Maybe inspired by the case law of the German Constitutional Court, at the end of 2012/beginning 2013 organic laws (also called Institutional Acts in France) or ordinary laws were passed in France, Italy, Portugal, and Spain as to reinforce the right to information of the Parliament. The timing, rightly after the relevant decisions of the *Bundesverfassungsgericht*, on 19 June and 12 September 2012, might create expectations of a connection between the case law of the German Court and the legislative developments elsewhere in Europe. In other words, the German Constitutional Court might have set a standard of transparency to be taken into account also in other legal systems.

In France, Institutional Act n° 2012-1403 of 17 December 2012 (*relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques*) requests that a detailed report for the Parliament is attached to the programming act, which defines the multi-annual financial framework for the next years, for example in order to explain how the different provisions –policy by policy– of the act can impact on the medium term objective (Art. 5).³³ By the same token, given the coordination of the budgetary and the economic policies between the Member States and the periodical exchange of documents between the national Government and the EU institutions, debates are organized on these subject-matters in the two Chambers in due time as to make the transmission of information to the Parliament valuable (Art. 10).

The new law regulating the relationship between the Italian legal system and the EU –Law n° 234/2012, passed in December 2012– contains also provisions specifically addressed to the right to information of the Parliament when dealing with the reform of the

³³ The category of the “Programming Act” was introduced by the latest great constitutional reform, in 2008. Programming Acts have exactly the same force of law as the budget acts: see the decision of the French Constitutional Council n° 2012-658 of December 2012 and the case note by R. Bourrel, *La validation par le Conseil constitutionnel de la “nouvelle Constitution financière” de la France*, AJDA 8, 478, 2013.

economic governance in the EU. The government regularly informs the two Chambers, according to constitutional law n° 1/2012, about the coordination of economic and budgetary policies and the functioning of the financial stability mechanisms and, in particular, on any relevant EU legislative acts or documents, on prospective enhanced cooperation, and on drafts and intergovernmental agreements between the Member States in this field. Although the Government can invoke the confidentiality of the information transmitted, by no means such confidentiality could ultimately impair the right to information and participation of the Italian Parliament in EU affairs, based on protocol I to the Treaty of Lisbon (Art. 4, sections 4, 6, and 7-law n° 234/2012). The words of the German Constitutional Court seem echoed in this provision. More specifically on the economic governance, Art. 5.1, law n° 234/2012, states that “the Government promptly informs the Chambers about any initiative aiming to the conclusion of agreements with other EU Member States on the creation and the strengthening of the rules of fiscal and monetary policy or able to produce significant effects on the public finance”. The objective here is to avoid that in the future the Parliament will be excluded from the negotiations of agreements, as it happened about the FC or the TESM.

In Portugal, law n° 37/2013, implementing Directive n° 2011/85EU, has reinforced the right to information of the Parliament in the budgetary process. The principle of transparency has been introduced has a new general rule that shapes the budgetary process and is linked to the principle of sincere cooperation between institutions which share responsibility in this field (Art. 10-C). The Government must send to the Assembly in a timely manner, every month or every three months, depending on the document, a list of information relevant to oversee the execution of the budget (Art. 59.3 and 4), including the financial flow between Portugal and the EU, i.e., also the ESM. The list provided within law n° 37/2013 is not exhaustive and can be extended upon request of the Parliament,

with the Government bound to comply with this additional request of information (Art. 59.6). Moreover the Government must transmit to the Assembly any other domestic document related to the participation in the new economic governance, from the annual debt ceiling (Art. 89) to the annual audit report about the implementation of the national reform programme and of the stability programme, showing the results achieved (Art. 72-A). Of course, one of the problems that might occur, in Portugal as well as in other Member States, is that no mechanism for ensuring the compliance of the Government with its duty to information is in place, unless there are effective tools for challenging the constitutional validity of the Government's inaction or partial compliance and the duty of information is entrenched in the Constitution, like in Germany.

In Spain, for example, while it could be potentially allowed to challenge the unconstitutionality of the Government's inaction before the Constitutional Court, the constitutional protection of the right to information of the Parliament is lacking, unless it will be implicitly derived from Art. 23 Sp. Const., which recognizes the right of the citizens to participate in public affairs directly or through elected representatives; that is to say: if, drawing on the case law of the German Constitutional Court, due to the lack of information available, MPs are unable to perform their representative function, then also the right of the citizen to participate in public life is jeopardized. However it is unlikely that such an interpretation will be followed by the Spanish Constitutional Court because there is no explicit right to information in EU matters established at the benefit of the *Cortes Generales* in the Constitution (unlike Art. 23.2 GG) nor organic law n° 2/2012 (*de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*) acknowledges the right to information in favour of the Parliament. Only Law n° 22/2013, the annual Budget Act (*de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014*), contains a few provisions about the information to the Parliament during the budgetary cycle: the Government must submit to the

Chambers information about public investments and expenditures, either at State or at subnational level, every six months (Art. 14); about the evolution of the public debt every three months (Art. 51); about the public guarantees –i.e. EFSF and now ESM– every three months (Art. 56), and a few others about the management of national public funds.

The strengthening of the right to information about the decision-making and the implementation of the measures of the new economic governance can be also a result of the setting up of the fiscal councils, independent institutions entitled to monitor public accounts and provide macroeconomic forecasts, to be consulted by the legislative and the executive branch.³⁴ Depending on their composition, mandate, and powers, fiscal councils can be more or less beneficial for the position of Parliaments. The budget office of the *Cortes General* –*Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales*– is regulated by law n° 37/2010 and is based at the General-Secretariat of the Congress. It may be asked by the Chambers to provide any study and report about public accounts and it is at complete disposal of the *Cortes*. According to law n° 37/2010 and law n° 22/2013, it is primarily by means of this parliamentary budget office that governmental information reach the Chambers and are elaborated, in addition to the independent source of information the office has, given its access to any financial and economic database of the country. During the European Semester the Government must transmit regularly to the *Oficina Presupuestaria*, and indirectly to the two Chambers, several reports about public accounts and the parliamentary budget office will table an annual report before the *Cortes*.

In November 2013, organic law n° 6/2013 established another fiscal council, this time at the Minister of Economy, the *Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal* (AIRF). This authority, however,

³⁴ See L. Calmfors, *The Role of Independent Fiscal Policy Institutions*, CESifo Working Paper 3367, 19-20, 2011, available at: <www.cesifo-group.org/wp>, [last accessed on 6 October 2014].

does not have a preferential relationship with the Parliament like the *Oficina Presupuestaria*. Although it will be appointed with the consent of the Spanish Congress, the new fiscal council will provide studies, reports, and opinions on request of all public administrations or *ex officio*. Moreover the new authority will provide macroeconomic forecasts and a first draft of the annual Budget Act, will check the stability programme and the execution of the budget, will assess the economic and fiscal programmes of the regions. If the recommendations issued by AIRF are disregarded by the administration to which they are addressed, the administration must give reasons for its conduct. The setting up of both fiscal councils and although AIRF is not an ancillary body of the Chambers is likely to increase the information available on the state of the public finance. Thus the Parliament will have more evidence to evaluate the economic and the fiscal policies of the Government on the basis of independent information, whereas so far all the assessment made on public accounts had relied only on the projections and the documents provided for by the Minister of Economics.

The same can be said of the new French fiscal council, whose position is strongly linked to the one of the existing Court of Auditors. The *Haut Conseil des finances publiques* is indeed presided over by the first President of the Court of Auditors and four out of its ten members are magistrates of this Court (Art. 11, Institutional Act n° 2012-1403). The other members are the director-general of the national Institute of statistics and economic studies, one member is appointed by the Economic, Social and Environmental Council, and four members are chosen by the President of the National Assembly, by the President of the Senate, and by the Presidents of the two Committees on finances, based on their competence to provide macroeconomic forecasts. Before the Programming Act for setting the multi-annual financial framework is transmitted to the Parliament (and to the Council of State), the Government submits it to the *Haut Conseil* for its assessment in the light of the

macroeconomic forecasts and the projection of growth of the gross domestic product.³⁵ The same assessment is accomplished with regard to the annual Budget Act and the Social Security Financing Act and the opinion of the *Haut Conseil* is also transmitted to the Parliament and made public (Arts. 14 and 15).

Interestingly, based on the assessment of the *Haut Conseil*, the Social Security Financing Act for 2014, law n° 2013-1203, has been challenged before the Constitutional Council by a minority of senators and of MPs who claimed the inconsistency of the content of this law with the opinion of the fiscal council (Art. 61 Fr. Const.). In particular, in its opinion the *Haut Conseil* had highlighted that the macroeconomic forecasts on which the Social Security Financing Act was based were not sufficiently reliable. The Constitutional Council dismissed the constitutional challenge. No evidence supported the hypothesis that the Act would have impaired the achievement of the national objective about the expenditure for the health care insurance and the Constitutional Council highlighted that the Government during the legislative process tabled an amendment –which was adopted– aiming precisely to reduce the negative impact on public expenditures. By stating so, the Constitutional Council provided a narrow reading of the *Haut Conseil's* powers on the decisions of the Government and of the impact of fiscal council's opinions as a standard for the constitutional review of budget and financing acts. Nonetheless the relationship between the *Haut Conseil* and the two Chambers is becoming increasingly significant, given the possibility for the standing committees to hear the member of the fiscal council on their request, when it is deemed necessary.

In Italy the fiscal council, the parliamentary budget office established in May 2014, is closely connected to parliamentary activity. This is so on the basis of constitutional law n° 1/2012, which requested its setting up within the Chambers, and of Law n°

³⁵ The *Haut Conseil* also issues opinions on the national stability programme and on the deviation from the medium term-objective.

243/2012, a new source of law in the Italian legal system, which has a domain reserved by the Constitution and can be approved or amended only by absolute majority. The three members of the parliamentary budget office are appointed upon agreement of the Speakers of the two Chambers drawn from a list of ten independent experts chosen by the standing committees on budget and finance by two thirds majority. As many other fiscal councils, the Italian parliamentary budget office provides macroeconomic and financial forecasts, the assessment of the compliance with the Euro-national fiscal rules, the trend in the public finance, the macroeconomic impact of major bills, an evolution of possible deviation from the medium term-objective and of the activation and use of the correction mechanism. The fiscal council also drafts reports and is heard upon request of the parliamentary standing committees. However, no binding powers are granted. In case of “significant divergence” between the parliamentary budget office’s assessment and that of the Government, one third of the member of the Committee on budget can ask the Government to take a position on whether and why it is willing to confirm its assessment or it wants to adjust it to the fiscal council’s evaluation.

In Portugal and Germany such a strong link between the Parliament and the fiscal council is lacking. In Portugal the Council of Public Finance has been established by Law n° 22/2011, and appointed one year later, by the Council of Ministers on a joint proposal by the Chair of *Tribunal de Contas* (Court of Auditors) and the Governor of the *Banco de Portugal* (Bank of Portugal). It appears that the Court of Auditors entertains a much closer relationship with the Parliament on public finance rather than this new fiscal council (Art. 214 Pt. Const.; Art. 59, Law n°. 37/2013). Finally in Germany, the Council of Economic Experts, created in 1963, as for its composition and steady relationship with the federal Government, looks much more connected to the executive than the *Bundestag* and the same applies to the Stability Council, established in 2010, immediately after the constitutional reform on the balanced

budget rule in 2009, which is particularly focused on the vertical dimension of the public finance, i.e. on the relationship between Federation and *Länder*. However, it must be highlighted that even where the independence of the fiscal council and its relationship with the legislature are stronger, fiscal councils are nevertheless devoid of binding powers on the executive branch.

V. DEVELOPMENTS IN PARLIAMENTARY SCRUTINY AND OVERSIGHT POWERS

The six-pack, the two-pack, and the FC have identified two main channels of control on national public accounts. Indeed, the procedures design a preventive and a corrective arm. In the first the assessment of stability programmes and of budgetary plans can be placed; within the second is the control on the correction of excessive deficits and of macroeconomic imbalances. As a consequence, also Parliaments in general have strengthened the two dimensions of the *ex ante* scrutiny and of the *ex post* control.³⁶

There are a number of tools Parliaments are using in order to influence and control the activity of the executive. In particular, it seems clear that legislatures are taking advantage from the already well established procedures and rules concerning scrutiny on EU affairs. In other words, national Parliaments are using “ordinary” procedures for participating or controlling the EU decision making process for “extraordinary” purposes, e.g. to accommodate with brand new and more complex budgetary procedures, where also several European actors can have a say. Thus members of the European Parliament (MEPs) are often invited to take part in committee meetings and Commissioners are heard before the relevant standing committees of national Parliaments. Moreover, given the prominence of the European Council in setting the

³⁶ See E. Griglio & N. Lupo, *Parliamentary Democracy and the Eurozone Crisis*, Law and Economics Early Review 1, 314-374, 2012.

priorities and the directions of the economic governance, before and after the European Council's meetings the Heads of Government are often asked to explain the national position about prospective adjustments of the economic governance, about the re-negotiation of the agreements, and on possible concerns for national interests. Also the cooperation with other national Parliaments is used to increase the information and improve the ability to control the national executive.

The reform of the economic governance has also changed the balance within each Chamber. Fast-track procedures, a very strict schedule of parliamentary activity, sensitive and often confidential information about the rescue funds and bailouts, have made the role of standing committees and even of subcommittees crucial, often at the expenses of the debate in the plenary sessions. In particular, although these issues are all European-related and thus potentially falling under the "jurisdiction" of the Committee on EU affairs, parliamentary Committees on budget and finance have become more and more the linchpin of parliamentary procedures. There is no legislative or oversight procedure in which they are not involved.

In this regard the German Constitutional Court has not hesitated to sanction the most negative side of this trend, namely that fact that powers of the entire parliamentary institution or Chamber are assigned to a small and semi-secret body able to take decision with huge financial implications for the citizens on behalf of the *Bundestag*. Therefore, the question to be answered was whether the overall budgetary responsibility of the *Bundestag* could be legitimately exercised by a subcommittee. Indeed, in principle the German Basic Law does not speak in contrast to a delegation of power from the Chamber to one of its bodies. Art. 45 GG allows the *Bundestag* to empower its Committee on EU Affairs to exercise the rights granted to the Parliament "under the contractual foundations of the European Union".

Following the extension of the maximum loan capacity of the EFSF, Germany adopted an Act Amending the Euro Stabilisation Mechanism Act (*StabMechG*). Art. 3.3. *StabMechG* provided, as highlighted, that the consent of the *Bundestag* on the decision of the German representative in the EFSF was given by a new parliamentary body, the *Sondergremium*, composed on MPs elected from within the Committee on budget. Parliamentary deliberations concerning the risk of a contagion in the financial markets were delegated to the *Sondergremium* whenever, according to the government, a situation of urgency or confidentiality did exist, given the fact that this subcommittee meets in camera. The Second Senate of the German Constitutional Court upheld the action for an *Organstreit* proceeding brought by a parliamentary group: Art. 38.1 GG, on the status of MPs and on the right to democratic representation, was violated to the extent that the budgetary responsibility of the *Bundestag* was delegated to a small panel of people deciding for the entire institution.³⁷ Indeed, the *Bundestag* performs its function through all its members and not by means of a group thereof. In principle it is the *Plenum* who decides on budgetary matters. Moreover, Art. 38.1 and 2 GG grounds the equal status of MPs as representatives of the whole people and thus any differentiation must be justified on the basis of other constitutional principles and of the principle of proportionality.

The subcommittee has to mirror the composition of the Chamber and the proportional representation of the parliamentary groups and the MPs excluded should be put in the condition of being informed about the *Sondergremium's* activities. The need to preserve the *Bundestag's* ability to function by guaranteeing a speedy process and the protection of classified information does not justify the discrimination of the rights of MPs. Whereas the involvement of the *Sondergremium* without any prior or subsequent

³⁷ See the decision of the German Constitutional Court of 28 February 2012, 2 BvE 8/11.

participation of the plenary would have been admissible on a case by case basis according to a list of exceptions; the *StabMechG* had made it the general rule. By means of this ruling the German Constitutional Court intervened on the exercise of the oversight and decision making powers of the *Bundestag*, aiming to set the limits and the condition for an appropriate and legitimate control on the government's action.

In a previous judgment, on 7 September 2011, about the Greek bailout and the EFSF the German Constitutional Court had already set some standards to grant the *Bundestag* the power to control and orient the government during the Eurozone crisis (BVerfG, 2 BvR 987/10). The fact that the *StabMechG* simply requested the Government to “try to involve” the *Bundestag* through its Committee on budget before issuing the guarantees for the EFSF led to a violation of the *Bundestag*'s power to make decisions on revenues and expenditures with responsibility to the people. The prior agreement of the *Bundestag* was not a condition for the Government to decide on the guarantees. However, according to the Court, “the German *Bundestag* may not transfer its budgetary responsibility to other actors by means of imprecise budgetary authorizations”. Every measure taken at European-international level, even if it fulfills the aim of financial assistance and solidarity among Member States, must be specifically adopted by the *Bundestag*. Moreover it must be assured that there is sufficient parliamentary control on the way the funds are managed; a statement which is particularly significant for the enhancement of the scrutiny and oversight powers of the *Bundestag*.

The German Constitutional Court has indirectly spoken also for the other national Parliaments when it said that the protection and enforcement of the budgetary responsibility of all national Parliaments is needed in order for the EU system to be legitimate. In France, Italy, Portugal and Spain Constitutional Courts have not acted as the final guarantors of parliamentary prerogatives in budgetary matters. Although, also for this reason, the Parliaments

in these four countries have been reinforced comparatively less than the *Bundestag*, their scrutiny and oversight powers have been strengthened in reaction to the new economic governance by means of legislative reforms.

For example since the first enforcement of the European Semester the French Parliament has been actively involved in the scrutiny of the government's action. The national reform programme and the stability programme are always sent to the Parliament and debated before they reach the European Commission (Art. 14, Law n° 2010-1465) and resolutions on these programmes are adopted as to orient the executive. Resolutions have also been extensively used *ex post*, when the recommendations of the European Commission are sent back at national level. Likewise programming acts, which set the multi-annual financial framework, are always approved by the Parliament and that entails a form of scrutiny over government's determinations about fiscal and economic policies for the coming years.

In Spain the parliamentary scrutiny and oversight powers on public finance have been reinforced, although such a strengthening in the case of the Spanish Congress does not appear to compensate the loss of discretion and of decision-making powers that it had before. What was before a game –i.e. the budgetary process– with two players, the Parliament and the Government, has now become a Euro-national game with multiple actors, potentially international (the IMF), European, and national. The Spanish Congress, however, even before the financial crisis has never been particularly powerful on budgetary issues, on which the substantive decisions have always been taken by the executive. Nonetheless after organic law n° 2/2012, the Spanish Congress adopts the medium term objective as well as the stability and the national reform programmes (Art. 23) and defines the stability objectives that orient the Government in drafting the budget (Art. 15).

The Italian Parliament has never been particularly active in the field of scrutiny and oversight on the executive. Nevertheless the

financial crisis has been an input to change this attitude. Following the entry into force of the rules on the European Semester, the Italian side of the Euro-national budgetary process starts by the debate in Parliament of the Document of Economics and Finance (DEF), which sets the multi-annual financial framework and the projections of the macroeconomic variables in the next years (Law n° 196/2009 as amended in 2011). The resolution by which each Chamber adopts the DEF is the first act to orient the conduct of the executive towards the approval of the budget. The Minister of Economics is heard before the relevant parliamentary committees immediately after the European Council provides the policy orientations and a debate takes place on the subsequent drafting of the stability and the national reform programmes. Although no clear procedure of examination has been formally introduced in this regard, these two programmes are discussed by the Parliament before their transmission to the European Commission. After the semi-secret negotiations on the FC and on the TESM, Law n° 234/2012 states that during the negotiation of treaties that introduce or strengthen the rules on fiscal and monetary policy the Government is bound to follow the instructions received by the Chambers. If the compliance with the parliamentary instructions is not feasible, then the President of the Council of Ministers must explain to the Chambers the reasons for the position taken in spite of the inputs of the Parliament.

Finally, in the case of Portugal, in addition to recurrent procedures and tools used also by other legislatures –e.g. hearings of the Ministers, adoption of resolutions, etc.– the extraordinary situation of the bailout led the Parliament to use measures that are usually not connected to the budgetary process. Since 2011 the Portuguese Parliament has established several committees of inquiry in order to investigate issues of common concerns and all

related to the economic governance.³⁸ According to Art. 178 Pt. Const., committees of inquiry can be formed *ad hoc*, only for the duration of the inquiry –thus having a temporary nature–, and “shall possess the investigative powers of the judicial authorities”. Moreover a special Committee to support the implementation of the measures of the Financial Assistance Programme for Portugal has been in operation since the parliamentary term started in 2011. This committee, composed of MPs from all political parties, controls the compliance of the national measures with the MoU and the correct implementation of the Memorandum by the Government. It has also regularly met *in camera* with the Troika’s representatives during the review missions.

VI. VETO POWERS

It is commonly acknowledged that the reform of the economic governance has narrowed the decision-making powers of national Parliaments in the budgetary process –already narrow in parliamentary and semi-presidential forms of government– and the discretion of national political institutions in the fiscal and economic policies. Only by tracing the intense correspondence between the Commission, the Council and the ECB, on the one hand, and the national Governments and Parliaments, on the other, it is possible to detect whether this is really true. It has to be seen which institution –national or European and parliamentary or governmental– is really the author of a certain measure, the authority from which the input to adopt such a measure actually stems. The content of the country-

³⁸ Comissão Parlamentar de Inquérito ao Processo de Nacionalização, Gestão e Alienação do Banco Português de Negócios S.A., Comissão Parlamentar de Inquérito à Contratualização, Renegociação e Gestão de todas as Parcerias Público-Privadas do Sector Rodoviário e Ferroviário, Comissão Parlamentar de Inquérito à Celebração de Contratos de Gestão de Risco Financeiro por Empresas do Sector Público. Source: website of the Portuguese Parliament, last accessed on 6 October, 2014.

specific recommendations, guidelines, and in-depth reviews by the European institutions do not originate *ex abrupto* in the corridors of the European Commission in Brussels, but usually find their *raison d'être* in a commitment previously made by the Government, alone or in agreement with the Parliament. Often the constraints upon the national budgetary authorities are self-imposed or co-decided. The fact that in the new economic governance is anything but easy to understand who has taken a certain fiscal and economic decision in its form and substance creates concerns about the chain of responsibility of the current decision-making process. In this framework even more challenging is to understand if a national decision is taken by the Government alone or if an influence of the Parliament does exist.

Under certain conditions, however, the decision can be clearly attributed to the Parliament, usually as a form of exercise of veto powers. This was the case of the *Bundestag* with regard to the EFSF and now the ESM after the ruling of the German Constitutional Court of 7 September 2011 and the amendments of the *StabMechG*. Since the consent of the *Bundestag* is required for any change of the share of capitals own by Germany in the ESM and for any disbursement concerning that fund, the *Bundestag* enjoys veto power towards its Government. Also in the other four member States the parliamentary assent, usually in the form of a law, is required for the payment of the installments of the ESM, but in the latter case the impact of a parliamentary veto would be less significant for the overall functioning of the fund, since the contribution is more modest than the German one.

There is another subject area in which the Parliaments of the five Member States have veto powers: the definition of the exceptional circumstances that allows the temporary deviation from the medium term budgetary objective (MTO). The exceptional circumstances and events at stake are already outlined by EU Regulation no 1177/2011 of the six-pack, although these provisions can be complemented at

national level. In particular the resort to these peculiar situations –i.e. natural disasters or any unusual event outside the control of a Member State– as to justify the lack of compliance with the MTO must be authorized by the Parliament by absolute majority (in the five legislatures). Reaching this *quorum* is not a problem for legislatures where the majority party or coalition is stable and can count on a number of MPs beyond the absolute majority; however, it might become a problem if a minority government is in office or the ruling coalition is not particularly cohesive (in Italy and Portugal, for example). However, given the consensual spirit which has inspired so far the Parliaments in the implementation of the reform of the economic governance in the five countries and the serious threat posed by one of the exceptional circumstances to be invoked, it is unlikely that a Parliament would reject the proposal of the Government to resort to this instrument.

Finally, as a last resort, Parliaments could also exercise veto powers on the Government as to force them to resign: a political sanction with legal implications against their economic policy. Being the Government dependent on the confidence relationship with the Parliament, the latter could either adopt a motion of no confidence or could defeat the Government's position on economic and fiscal measures that have a highly political significance or that are required for the fulfillment of the obligations within European Semester.

This hypothesis has become reality in Portugal in 2011. On March 2011 Prime Minister José Sócrates was forced to resign after the rejection of the governmental amendments to the Stability Pact 2011 that every Eurozone country must transmit to the European Commission by mid-April. However, on 6 April 2011 the resigning Prime Minister declared the bankruptcy of the public finance and the day after he notified to the European Commission, to the Eurozone countries, and to the IMF the request for financial assistance, which was granted in May. The general elections for the Parliament were held on 5 June 2011 and led to the defeat of the then ruling majority and in particular of the socialists. The center-right Social Democratic

Party—which conquered also the Presidency in January 2011—became the first party of the country and its leader, Pedro Passos Coelho, was appointed as the Prime Minister on 16 June 2011. However, the change of the majority has not stabilized politics in Portugal. Since then the life of the government has been characterized by tensions with opposition parties, by the request for several votes of no-confidence and by reshuffles. The harsh political struggle in Parliament, which is also a consequence of the unpopular decisions the Government had to take during the bailout, proves that a legislature always has the chance to defeat the Government in office, although this cannot become the routine.³⁹

VII. CONCLUSIONS

In the discourse surrounding the Eurozone crisis the reform of the economic governance has been accused to have severely undermined the budgetary autonomy of national Parliaments. Nevertheless the powers of Parliaments had been already affected by many other factors in the last decades, including the process of European integration, although their role has been partially rehabilitated by the Treaty of Lisbon (Art. 12 TEU). The Eurozone crisis, on the one hand, contributes to add further constraints on the discretion of

³⁹ Also the resignation of Berlusconi's government in November 2011 was somewhat linked to the financial troubles experienced by Italy, although also issues of purely internal politics played a role. The rejection by the Parliament of the law adopting the annual audit report of the State, a financial document that does not introduce any new provision into the legal system, but which is highly symbolic as it shows how the budget of the government has been implemented, was at the origins of the process that led to the resignation. In between the first (10 October 2011) and the second (8 November 2011) attempt to let the audit report passed in Parliament, the Government had also negotiated with the European Commission and the ECB the adoption of very restrictive measures for the labour market as an exchange to the financial support provided to Italy through the Securities Market Programme of the ECB.

Parliaments; on the other, provides an opportunity to develop their role and position in national constitutional systems.

For example, the duty of information of the executive in favour of Parliaments has been strengthened significantly. Fiscal councils have been set up with the aim to supply Parliaments with independent information for a more autonomous assessment of Governments' performance. Also the scrutiny and the oversight powers of Parliaments have been enhanced as to guarantee the control of the position of the Government before and after its engagement at European level. Parliaments can exercise a veto on some decisions, although this is unlikely to happen or it will be used as *extrema ratio*. Whether this shift in parliamentary powers is able to compensate the loss of legislative powers suffered depends on the constitutional system of each Member State and on its economic situation.

In general the more parliamentary prerogatives enjoy constitutional protection the more the Parliament is preserved in its position in the aftermath of the Eurozone crisis. Constitutions and organic laws have been amended in order to entrench parliamentary powers in sources of law with a reasonable expectation of endurance and defining a standard for constitutional review. The role of Constitutional Courts in protecting Parliaments during the crisis can make the difference. The German Constitutional Court, for example, has set the minimum threshold for the democratic credentials of the new economic governance. The argument raised about the overall budgetary responsibility of the *Bundestag* has forced the Government to comply with new obligations and to subject its action to the prior parliamentary consent. Therefore, the *Bundestag* has become a model for other legislatures, as for the legislation dealing with the implementation of the economic governance.

Finally, the reaction of Parliaments to the crisis is different according to the measures at stake. While the five legislatures have been able to easily accommodate their activity to the timeline and to the requirements of the European Semester, often applying the ordinary tools used for the scrutiny on EU affairs, much more difficult

has been and still is for them to cope with the “most innovative” sources of law –Memoranda of Understanding, bilateral loan agreements, TESM, FC– and to really oversee their implementation.

CUANDO LOS DERECHOS HUMANOS CHOCAN ENTRE SÍ. LAS RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD FRENTE A LA CRISIS DEL ÉBOLA EN ÁFRICA DE 2013-2015

PEDRO ALEJANDRO VILLARREAL LIZÁRRAGA¹

RESUMEN: El presente artículo pretende utilizar la perspectiva de gobernanza global para examinar la aplicación de algunos de los instrumentos jurídicos durante la crisis por el brote de ébola en África occidental, en el período de 2013-2015, que derivaron en la restricción a derechos humanos de corte individual a partir del uso de medidas de salud pública como la cuarentena y el aislamiento. El propósito es subrayar la importancia de instrumentos o documentos no-vinculantes en virtud de sus efectos jurídicos, para lo cual se recupera una parte de la creciente área de investigación en torno al concepto de gobernanza global y su relevancia para el Derecho.

PALABRAS CLAVE: *Epidemia de ébola, Organización Mundial de la Salud, Reglamento Sanitario Internacional, derechos individuales y colectivos, gobernanza global.*

ABSTRACT: This article purports to use a global governance perspective to examine some of the legal instruments employed during the Ebola outbreak crisis in West Africa, during 2013-2015, which entailed a restriction of individual human rights through the use of public health measures such as quarantine and isolation. The purpose is to underscore the importance of non-binding instruments in light of their legal effects and, thus, part of the ever burgeoning research on global governance and its relevance for law will be invoked.

KEY WORDS: *Ebola epidemic, World Health Organization, International Health Regulations, collective and individual rights, global governance.*

¹ Maestro en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Estudiante de doctorado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de dicha institución. Correo electrónico: <pedroav84@gmail.com>.

SUMARIO: I. Introducción. II. Tensiones subyacentes entre el derecho (colectivo) a la salud y derechos individuales. III. El marco jurídico internacional de las emergencias sanitarias. IV. Principales mecanismos jurídicos internacionales empleados durante la crisis del ébola de 2014-2015. V. Más allá de lo vinculante: El enfoque de la gobernanza global y las medidas de salud pública adoptadas frente al ébola. VI. El papel de los derechos humanos a la luz de las medidas de respuesta frente al ébola. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente crisis del ébola en África pone de relieve que las intervenciones aisladas de unos cuantos países para contener la propagación de enfermedades no son suficientes por sí mismas para proporcionar una respuesta efectiva a este tipo de eventos. En efecto, el tono dramático de la situación se acentúa en el contexto de sistemas de salud precarios de los países africanos que han sido afectados en mayor grado, como lo son Guinea, Sierra Leona y Liberia.

Conforme al artículo 2 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), dicho organismo tiene como función desempeñar el papel de “autoridad directiva y coordinadora en asuntos de sanidad internacional”. Para realizar tal encomienda en el caso de emergencias sanitarias, como la actual suscitada por el ébola, la OMS tiene la facultad de emitir una serie de recomendaciones técnicas, de acuerdo con los artículos 15-18 del Reglamento Sanitario Internacional.

Si bien estas recomendaciones, como su nombre lo indica, no tienen un carácter vinculante para los Estados, no por ello carecen de relevancia para un análisis jurídico. Así, como se expone en el desarrollo de esta contribución, en ocasiones dichas recomendaciones consisten en directrices o criterios que promueven la restricción de determinados derechos individuales. Por otro lado, dicha restricción tiene lugar en el marco de la observancia de otro derecho de

carácter colectivo, traducido en la obligación que tiene el Estado de proteger a la población frente a brotes epidémicos.

El ébola no ha adquirido la categoría formal de pandemia,² de acuerdo con los criterios de la OMS. No obstante, la crisis de su propagación de 2013-2015 revela una serie de restricciones a los derechos humanos de corte individual, que estriban en que algunas medidas agresivas, como la cuarentena, el aislamiento e incluso el cordón sanitario, son empleadas de forma masiva para afrontar este tipo de crisis. Frente a esta situación, ¿qué papel podrían desempeñar los derechos humanos para determinar cuáles herramientas son aceptables, y cuáles no?

Puede estimarse, además, que estas medidas no se limitan al continente africano, sino que operan también como un parámetro a partir del cual se pueden extraer conclusiones para otros países en los que surjan fenómenos de magnitudes similares. De ahí la importancia de tomar en cuenta los criterios internacionales para la restricción de derechos humanos.

En esa tesitura, a continuación se procede a hacer una breve exposición de las características de los derechos humanos que entran en escena con la respuesta frente a esta crisis. Posteriormente, se hace un breve repaso de ciertos instrumentos jurídicos internacionales tanto vinculantes como otros que no lo son, como el Reglamento Sanitario Internacional o las recomendaciones técnicas de la OMS, los cuales han sido diseñados para hacerle frente a crisis de este tipo. Finalmente, se plantean algunas notas en torno a la necesidad de prestar atención a los actos de las organizaciones internacionales más allá de que sean vinculantes o no, dado que, en muchas ocasiones, las restricciones a los derechos provienen de

² La percepción común es que esto podría obedecer al hecho de que no se le considera una enfermedad de las más virulentas. Bill Gates, "The Next Epidemic-Lessons from Ebola" en *The New England Journal of Medicine*, vol. 372, no. 15, Boston, Massachusetts Medical Society, Abril 9 de 2015, p. 1381.

instrumentos, como las recomendaciones técnicas, que no tienen un carácter obligatorio formal.

II. TENSIONES SUBYACIENTES ENTRE EL DERECHO (COLECTIVO) A LA SALUD Y DERECHOS INDIVIDUALES

En el campo de las decisiones relativas al campo de la salud pública³ para combatir enfermedades contagiosas como el ébola, a menudo surgen desacuerdos o colisiones entre los intereses individuales y los colectivos.⁴ En este caso, las medidas consideradas como altamente restrictivas de los derechos individuales tienen ciertas salvaguardas que pretenden garantizar un uso justificado por parte de las autoridades competentes.⁵ La determinación de si esas medidas están

³ En este artículo, se parte de una distinción entre lo referente a la salud pública, que compete a los patrones sanitarios de grupos o poblaciones –esto es, colectividades– y la medicina clínica, que corresponde a la relación concreta entre el médico y el paciente, si bien esta distinción no es siempre tajante en los hechos. Kelley Lee, “Understandings of Global Health Governance: The Contested Landscape” en Adrian Kay y Owain David Williams (eds.), *Global Health Governance: Crisis, Institutions and Political Economy*, Basingstoke, Editorial Palgrave-Macmillan, Gran Bretaña, 2009, p. 28; en el mismo sentido, Baltazar Pahuamba Rosas, *El derecho a la protección de la salud. Su exigibilidad judicial al Estado*, México, Distrito Federal, Editorial Novum, 2014, pp. 103-104.

⁴ Aunque el presente estudio se centra en el ébola, esto no es sólo aplicable a este padecimiento, sino también en tratándose de otras enfermedades contagiosas como la tuberculosis. Véase Luis F. Llanos-Zavalaga, José E. Velásquez-Hurtado, Patria J. García y Eduardo Gottuzzo, “Tuberculosis y salud pública: ¿Derechos individuales o derechos colectivos?” en *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, Vol. 29, No. 2, Lima, Instituto Nacional de Salud, Junio de 2012, p. 261.

⁵ Lawrence O. Gostin, *Public Health Law. Power, Duty, Restraint*, 2a. edición revisada y expandida, Berkeley/Londres, University of California Press/The Milbank Memorial Fund, 2008. p. 12; también, Rebecca Haffajee, Wendy Parmet y Michelle Mello, “What is a Public Health “Emergency”?” en *The New England Journal of Medicine*, Vol. 371, No. 11, Boston, Massachusetts Medical Society, 11 de Septiembre de 2014, p. 988.

justificadas o no, sólo puede hacerse a través de un análisis de caso por caso, enfermedad por enfermedad.

1. GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

Se estima útil mencionar, aunque sea de paso, cuáles son los principales instrumentos jurídicos que resultan aplicables para el presente análisis del derecho a la salud. Vale la pena mencionar que se opta por una visión centrada más en los instrumentos que en los actores, aunque evidentemente los instrumentos no pueden ser entendidos en lo abstracto, sino que dependen en gran medida de su aplicación por parte de los respectivos organismos, instituciones o autoridades, que se componen por personas con diversidad de criterios y de ideologías políticas.

En primer lugar, es menester precisar que el derecho a la salud, tal como se le consagra en diversos instrumentos internacionales, tiene una dimensión colectiva y una individual.⁶

En cuanto a lo colectivo, esta dimensión consiste en que las personas tienen un derecho a que el Estado tome medidas para proteger la salud de la población en general. Aunque la aplicación de estos criterios se realiza en casos concretos, se entiende que el plano colectivo orienta los actos (jurídicos) de las autoridades para hacerle frente a aquellas afectaciones generalizadas contra la salud pública, a partir de lo que se asume como un “interés público”.⁷

⁶ Ingrid Brena Sesma, “El derecho a la salud” en Luz María Valdés (coord.), *Derechos de los mexicanos: introducción al derecho demográfico*, México, Distrito Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2009, pp. 84-85; estas dos dimensiones también se contrastan en Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, reimpresión de la tercera edición, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, p. 96. No son las únicas dimensiones de las que se compone el derecho a la salud, pues otros autores agregan la dimensión “positiva” y la “negativa”, para referirse a qué tipo de obligación le corresponde al Estado. Véase Baltazar Pahuamba Rosas, *op. cit.*, p. 100.

⁷ La noción de “interés público” se entiende en estas líneas como un espacio que es definido y delimitado, ya sea por la sociedad a través de los acuerdos previos

En cambio, la dimensión individual corresponde a la relación que tiene cada persona en lo singular con la atención a la salud que le otorga ya sea el Estado o entes privados, en casos, por ejemplo, del acceso a los servicios de salud, o bien de la obligación de no discriminación en la atención sanitaria que brindan las instituciones de salud a las personas.⁸

Ciertamente, la distinción entre lo colectivo y lo individual no siempre es tan nítida. Hay ocasiones en las que una sola actividad puede afectar ambas dimensiones al mismo tiempo. Para efectos de la delimitación del tema, en estas líneas se lleva a cabo una separación conceptual entre una y otra dimensión, a la vez que se enfatiza el aspecto colectivo.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12, establece un catálogo enunciativo (mas no limitativo) sobre qué es lo que incluye el derecho a la salud. Entre otros supuestos, se menciona la obligación de tomar las medidas necesarias para: “c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas”.⁹

expresados en normas jurídicas, o bien por las propias autoridades encargadas de gestionar su observancia. Véase Armin von Bogdandy, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, Distrito Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2011, pp. 105-106.

⁸ Estas obligaciones no necesariamente están circunscritas a la dimensión individual del derecho a la salud, pues en ocasiones hay un traslape fáctico entre lo social-colectivo y lo individual. No obstante, es importante recalcar que el carácter obligatorio de la dimensión colectiva opera más allá de que su contenido pueda individualizarse y exigirse en la vía judicial o no. Véase Baltazar Pahuamba Rosas, *op. cit.*, p. 103.

⁹ De hecho, un análisis de la creación del proyecto de este artículo reveló que la redacción de dicho precepto se debió a una pretensión de expandir el contenido del derecho a la salud, tal como fue consagrado anteriormente en el preámbulo de la Constitución de la OMS. Véase Benjamin Mason Meier, “Global Health Governance and the Contentious Politics of Human Rights: Mainstreaming the

La Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona en su párrafo 16 que el derecho de protección frente a epidemias:

[...] comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas.

Algunos autores han considerado que, específicamente en lo que se refiere a la obligación del Estado de brindar protección frente a epidemias, ésta tiene un carácter *no progresivo*, sino que su observancia requiere de un cumplimiento inmediato.¹⁰ No obstante, la formulación del derecho a la salud contenida en la Observación General 14 apenas referida, no está exenta de críticas dada la dificultad que implica concretizar una dimensión colectiva de la salud en esos términos.¹¹

Right to Health for Public Health Advancement” en *Stanford Journal of International Law*, vol. 46, no. 1, Stanford, Stanford Law School, verano de 2010, pp. 8-25.

¹⁰ Stephen P. Marks, “The emergence and scope of the human right to health” en José M. Zuniga, Stephen P. Marks y Lawrence Gostin (eds.), *Advancing the Human Right to Health*, Oxford University Press, Oxford (Reino Unido), 2013, p. 10. También se utiliza el término “contenido mínimo” para referirse a la parte de estos derechos que no está sujeta a un cumplimiento diferido o progresivo, en Liliana Ronconi, “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos *mínimos* y *periféricos*” en *Salud Colectiva*, vol. 8, no. 2, Buenos Aires, Centro de Estudios para la Salud, Mayo-Agosto de 2012, p. 137.

¹¹ Benjamin Mason Meier y Larisa M. Mori, “The Highest Attainable Standard: Advancing a Collective Human Right to Public Health” en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 37, Nueva York, Columbia University School of Law, 2005, p. 101.

2. LOS DERECHOS INDIVIDUALES EN JUEGO DURANTE UNA EMERGENCIA SANITARIA

Aunque hay una cantidad considerable de derechos que encuadran bajo la etiqueta de “individuales”, pueden ubicarse a los que se mencionan en este artículo bajo el rubro de “Derechos Civiles”, conforme a la formulación establecida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ahora bien, la consagración misma de los Derechos Civiles y Políticos se lleva a cabo en el entendido de que hay circunstancias en las que los mismos pueden ser restringidos, siempre y cuando ello obedezca al interés público,¹² como lo señala la cláusula A.10 de los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los derechos individuales consagrados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que se restringen a través de las medidas para controlar la propagación del ébola son: el de libertad personal (Arts. 9 y 10) en el caso de cuarentena y aislamiento; el de libertad de movimiento o circulación (Art. 12) en lo tocante a los cordones sanitarios, restricción de viajes y toques de queda; el de reunión y de asociación (Arts. 21 y 22 del PIDCP) en cuanto al cierre de locales, plazas o edificios públicos; y, el de modalidades de respeto a la vida privada y el domicilio (Art. 17 PIDCP) respecto del cierre obligatorio de mercados generales y locales comerciales, el ingreso al domicilio sin orden judicial previa y la revisión y vigilancia epidemiológica obligatorias.¹³

¹² A pesar de que los Principios de Siracusa mencionan “orden público” y “necesidad pública”, se considera que estas figuras quedan incluidas en la idea de “interés público” que se ha presentado en párrafos precedentes.

¹³ Para una relación de las principales medidas de emergencia adoptadas por los países más afectados (Guinea, Liberia, Sierra Leona y Nigeria) véase la tabla detallada contenida en James G. Hodge Jr., *et al*, “Global Emergency Legal Responses to the 2014 Ebola Outbreak” en *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 42, no. 4, Nueva York, American Society of Law, Medicine & Ethics inc., invierno de 2014, p. 597. Esta relación entre medidas y derechos restringidos también se encuentra en Gian

En cuanto a las tensiones entre la dimensión colectiva del derecho a la salud en el caso de protección contra enfermedades epidémicas o pandémicas, y la individual relativa a otros derechos, en concreto aquellos contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es necesario llevar a cabo un análisis basado en una fundamentación principalmente técnico-científica, para evaluar si la situación justifica restringir los derechos individuales.

Dicho esto, el artículo 12, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que:

[...] los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

Por esta razón, la normatividad internacional prevé que hay ocasiones, como la relativa a las epidemias o pandemias, en las que los aspectos colectivos de los DESC entran inevitablemente en colisión directa con los derechos individuales provenientes del constructo de los Civiles y Políticos.¹⁴ Empero, hay que tener en cuenta de que ciertos derechos son considerados como “no derogables”, lo que implica que bajo ninguna circunstancia, ni siquiera en casos de emergencias de salud pública, pueden ser motivo de restricciones.¹⁵

En este sentido, al examinar si las medidas restrictivas que se adoptan en tal o cual circunstancia son aceptables o no, se puede recurrir a lo que se ha denominado un criterio de “idoneidad” o de

Luca Burci y Riikka Koskenmäki, “Human Rights Implications of Governance Responses to Public Health Emergencies: The Case of Major Infectious Disease Outbreaks” en Andrew Clapham, Mary Robinson, Claire Mahon, y Scott Jerbi, (eds.), *Realizing the Right to Health*, Zürich, rüffer & rub, 2009, p. 348.

¹⁴ La posibilidad de un “choque” entre derechos se desarrolla desde una perspectiva teórica en Martti Koskeniemi, *The Politics of International Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2011, p. 142-143.

¹⁵ Lawrence O. Gostin, *op. cit.*, p. 277.

“adecuación técnica” de las herramientas de salud pública.¹⁶ Así, la adecuación de una medida depende, en su mayor parte, de que sea una solución atinente para el problema, esto es, que sus efectos estén orientados directamente a la obtención de la protección a la salud pública que se ha planteado;¹⁷ y, además, de que ello no implique una respuesta desproporcionada toda vez que se trata de la única disponible –esto es, que haya una ausencia de alternativas menos gravosas–.¹⁸ No se trata de una decisión simple, sino que requiere de una evaluación pormenorizada de la situación, y es viable asumir que habrá un balance entre los derechos en juego.¹⁹

3. EL ÁMBITO JURÍDICO REGIONAL AFRICANO RELATIVO A DERECHOS HUMANOS

Aunado a los instrumentos internacionales apenas invocados, resulta útil contextualizar los derechos que se han discutido en el ámbito regional africano. A simple vista, se advierte que la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos²⁰ contiene tanto la vertiente colectiva del derecho a la salud –en el sentido que se ha

¹⁶ Véase Laura Clérico, “El derecho a la salud y el examen de proporcionalidad: Prohibición de exceso” en Laura Clérico, Martín Aldao y Liliana Ronconi, Tratado de Derecho a la Salud. Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013.

¹⁷ Sobre este punto, y con argumentos dirigidos al caso de la tuberculosis que, no obstante, podrían ser aplicables en este contexto, véase también Edorta Cobreros Mendazona, “La voluntariedad de los tratamientos sanitarios y su excepción por riesgo para la salud pública. Especial referencia al caso de la tuberculosis en la Comunidad Autónoma Vasca”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 46, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, Septiembre-Diciembre 1996, especialmente la p. 348.

¹⁸ Nancy E. Kass, “An Ethics Framework for Public Health” en *American Journal of Public Health*, vol. 91, no. 11, Nueva York, American Public Health Association, Noviembre de 2001, p. 1779.

¹⁹ Lawrence O. Gostin, *op. cit.*, p. 12.

²⁰ Consultada en su versión en español en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297>>, [última consulta, 6 de octubre de 2015].

venido refiriendo y sin variaciones considerables²¹ como los derechos individuales de carácter civil que están en juego en el caso de una emergencia sanitaria. Incluso, llega al punto de reafirmar el carácter indivisible de los derechos civiles y políticos, y de los derechos económicos, sociales y culturales.²²

De esta manera, el artículo 16, párrafo 2, establece que todos los Estados de la región africana firmante tienen la obligación de “(tomar) las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciben asistencia médica cuando están enfermos.” A partir de lo que se ha planteado en torno a esa obligación de proteger la salud, es posible interpretar el anterior numeral en conjunción con el artículo 12, inciso c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por otro lado, en cuanto a los derechos individuales del rubro de los “civiles” que se encuentran directamente afectados con las medidas restrictivas en el marco de una emergencia sanitaria, el artículo 6 de la citada Carta Africana establece que “Nadie puede ser privado de su libertad más que por razones y condiciones previamente establecidas por la ley”. Así, se advierte que la libertad no es un derecho absoluto, sino que es válido restringirla siempre y cuando se cumpla con un principio de legalidad.²³

²¹ Esto también se expone en Stephen P. Marks, “The emergence and scope of the human right to health” en José M. Zuniga, Stephen P. Marks y Lawrence Gostin (eds.), *Advancing the Human Right to Health*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 9.

²² Sobre esta conjunción entre derechos individuales y colectivos en la Carta Africana, véase Christopher Mbazira, “Enforcing the economic, social and cultural rights in the African Charter on Human and Peoples’ Rights: Twenty years of redundancy, progression and significant strides” en *African Human Rights Law Journal*, vol. 6, no. 2, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2006, p. 338; igualmente, Yuria Saavedra Álvarez, “El Sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, Distrito Federal, 2008, pp. 675-676.

²³ Stephen P. Marks, “The emergence and scope of the human right to health...”, *op. cit.*, p. 14.

Asimismo, en el marco de la Carta Africana en cuestión, tanto su artículo 11, referente al derecho a reunirse libremente, como el diverso precepto 12, que consagra la libertad de tránsito de las personas en general, admiten una restricción a esos derechos en el interés de, o para la protección de la, salud pública. De igual manera, el numeral 14 del multireferido instrumento regional africano señala que el derecho a la propiedad “podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad...”.

La posibilidad de limitar o restringir el ejercicio de los derechos en cita se robustece, a su vez, con el contenido del artículo 27 de la Carta en comento, que señala en su párrafo 2: “Los derechos y libertades de cada individuo se ejercerán con la debida consideración a... la seguridad colectiva... y al interés común.” Además, es interesante observar cómo la Carta Africana contempla tanto derechos, como deberes para sus destinatarios. Esto introduce un esquema novedoso, para su época de redacción (1981), de salvaguarda de los derechos de las personas al considerar que éstos no sólo se respetan de forma vertical (en la relación autoridad-gobernado), sino también de forma horizontal (de individuo a individuo).²⁴ Por ende, en el marco del derecho a la protección de la salud, cada persona tendría un deber con sus semejantes de no poner en riesgo la salud pública con sus acciones.

A simple vista, lo que se observa es que a pesar de que hay algunas diferencias entre la Carta Africana y los instrumentos internacionales generales,²⁵ esas discrepancias no resultan ser tan sustanciales como para alterar la racionalidad de la dimensión colectiva del derecho a la protección de la salud y los múltiples derechos

²⁴ De hecho, la Carta Africana fue el primer documento jurídico obligatorio en estipular esta visión horizontal del respeto a los derechos. Véase Yuria Saavedra Álvarez, *op. cit.*, p. 681.

²⁵ Por ejemplo, la Carta Africana consagra el derecho al desarrollo, mientras que los Pactos Internacionales no. Asimismo, el PIDESC contiene una exposición más detallada del derecho a la salud que la Carta Africana. Véase Christopher Mbazira, *op. cit.*, p. 342.

civiles individuales que entran en colisión durante una emergencia sanitaria. Por el contrario, uno y otro ámbito se complementan en la conformación de los derechos de las personas, sus alcances y sus límites,²⁶ máxime que dichos países africanos también han suscrito tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles. Por lo tanto, las consideraciones que se plantearon en párrafos precedentes les son aplicables independientemente del contenido de la Carta Africana.²⁷

Dicho esto, la configuración de los Derechos Civiles en ambos espacios jurídicos arrojan características similares, lo que conduce a asumir que las restricciones aceptables a su ejercicio no varían de forma dramática. Ello se robustece en tanto, de una revisión somera del texto constitucional de los países mayormente afectados, se observa que todos ellos prevén que ciertos derechos individuales pueden ser sujetos a restricciones. Esto da lugar a asumir, *prima facie*, que los supuestos de la Carta Africana no entran en colisión con los ordenamientos fundamentales nacionales de los países africanos en cuestión.²⁸

²⁶ La Carta Africana puede ser considerada como un documento que “adapta” los instrumentos internacionales a la realidad de ese continente. Véase Mbuyi Kabunda Badi, *Derechos humanos en África. Teorías y prácticas*, Deusto, Universidad de Deusto, 2000, p. 290.

²⁷ Christopher Mbazira, *op. cit.*, p. 342.

²⁸ La Constitución de Guinea dispone, en su artículo 60., que “Ninguna situación de excepción o de urgencia puede justificar la violación de los derechos humanos”.

Por su parte, el Artículo 15 de la Constitución de Guinea establece el derecho de toda persona a la salud, lo cual incluye un deber de los Estados de “luchar contra las epidemias”.

Asimismo, la Constitución de Liberia señala que podrán limitarse la “libertad de desplazarse libremente... lo cual estará sujeto a la salvaguarda de la salud pública” (Artículo 13.a).

Por su parte, el numeral 17 de la Carta Magna de Sierra Leona estipula que “nadie podrá ser privado de su libertad excepto cuando ello sea autorizado por la ley en cualquiera de los siguientes casos... h. para el propósito de prevenir la propagación de una enfermedad infecciosa o contagiosa”.

III. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LAS EMERGENCIAS SANITARIAS

El afán por controlar la propagación de las enfermedades sanitarias a través de fronteras ha sido un factor de impulso en la creación de normas internacionales orientadas a ese propósito. Desde el primer intento por crear un marco de cooperación interestatal en esta temática, que data de 1851,²⁹ los Estados han considerado que el combate a las enfermedades contagiosas es una problemática de notable envergadura que amerita una respuesta multilateral. A continuación, se expone de forma somera cuáles son algunos de los documentos internacionales relacionados con la crisis del ébola de 2014-2015.

1. EL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL DE 2005

El principal instrumento jurídico internacional creado para el caso de la propagación transfronteriza de enfermedades como el ébola es el Reglamento Sanitario Internacional. La versión actual de este instrumento, que tiene un carácter vinculante conforme al procedimiento

Finalmente, la Constitución de Nigeria, en su artículo 35, establece que “ninguna persona podrá ser privada de su libertad salvo en los siguientes casos... (e) en el caso de personas que sufren de enfermedades infecciosas o contagiosas”.

²⁹ La primera Conferencia Sanitaria Internacional tuvo lugar en este año en París, Francia, para hacerle frente a la amenaza global que representaba el cólera en ese entonces. Véase David P. Fidler, “From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations” en *Chinese Journal of International Law*, vol. 4, no. 2, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 327-328; Michael McCarthy, “A brief history of the World Health Organization” en *The Lancet*, vol. 360, no. 9340, Londres, Elsevier, 12 de Octubre de 2002, p. 1111; Simon Rushton, “Global Governance Capacities in Health: WHO and Infectious Diseases” en Adrian Kay y Owain David Williams, (eds.), *Global Health Governance: Crisis, Institutions and Political Economy*, Editorial Palgrave-Macmillan, Gran Bretaña, 2009, pp. 60-61.

previsto en el artículo 22 de la Constitución de la OMS,³⁰ fue signado por los Estados Miembros en 2005 y entró en vigor en 2007.

Ahora bien, el Reglamento incluye en su artículo 1 la definición de una “emergencia de salud pública de importancia internacional”, consistente en que la o el Director(a) General de la OMS emite una Declaración en el sentido de que existe un “evento extraordinario que... constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad y... podría exigir una repuesta internacional coordinada”.

Por otro lado, el artículo 1 también define al “aislamiento” y a la “cuarentena”, cuya diferencia consiste en que mientras en aquél se separa a la persona enferma u objetos contaminados, en la señalada en segundo término las restricciones se aplican a quienes no están enfermos, pero han estado en contacto con quienes sí lo están, o se sospecha de su posible contagio.

A su vez, de acuerdo con el precepto 12 del ordenamiento en cita, el/la Director(a) General de la Organización Mundial de la Salud es el funcionario competente para emitir la Declaración de la presencia de una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional, cuando lo considere apropiado y después de haber consultado a un Comité de Emergencias convocado para brindarle

³⁰ Este carácter vinculante es atípico, pues no ha seguido un procedimiento “tradicional” de firma y ratificación de tratados, sino que se trata de un instrumento jurídico diseñado en el seno de una organización internacional, como lo es la OMS. Sobre este carácter obligatorio/vinculante del Reglamento, Jennifer Prah Ruger, “Normative Foundations of Global Health Law” in *The Georgetown Law Journal*, vol. 96, no. 2, Washington, D.C., Georgetown University Law Center, 2008, pp. 434-435; Bradly Condon y Tapen Sinha, “The effectiveness of pandemic preparations: legal lessons from the 2009 influenza epidemic” en *Florida Journal of International Law*, vol. 22, no. 1, Miami, University of Florida College of Law, Abril de 2010, pp. 4-5; David P. Fidler, “From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations”. *op. cit.*, p. 385; Rebecca Katz y Julie Fischer, “The Revised International Health Regulations: A Framework for Global Pandemic Response” en *Global Health Governance*, vol. III, no. 2, Primavera 2010, p. 2, disponible en <<http://www.ghgj.org>>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

asesoría. Esta Declaración podrá ser emitida tras seguir el procedimiento estipulado en el citado artículo 12, así como en los diversos 48 y 49 del mencionado Reglamento.

En un tono similar, el artículo 15 del Reglamento Sanitario Internacional también establece que la OMS podrá emitir recomendaciones temporales o permanentes a los Estados Miembro en el marco de una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional. En estas recomendaciones, podrá indicarse cuáles medidas podrán (o “habrán de”) aplicar los Estados a las personas para contener la propagación internacional de una enfermedad.

Aun cuando la aplicación del Reglamento Sanitario Internacional se consideró como adecuada en el marco de la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009-2010, con todo y las limitaciones que se evidenciaron,³¹ múltiples países continúan ignorando otras de las obligaciones de este instrumento, especialmente las relativas al fortalecimiento de sus sistemas de vigilancia epidemiológica.³²

2. LAS RECOMENDACIONES TÉCNICAS DE LA OMS

Si bien el Reglamento Sanitario Internacional contempla una serie de obligaciones a cargo de los Estados, hay que señalar que buena parte de las funciones de la OMS enunciadas en el Artículo 2o. de su Constitución —en el que se consagra su papel de autoridad directiva y coordinadora en asuntos de sanidad internacional— se llevan a cabo a través de actos no vinculantes. De hecho, los actos formalmente vinculantes que emanan de esta organización internacional parecen tener lugar de manera excepcional.³³

³¹ Véase el Informe del Comité de Examen acerca del funcionamiento del Reglamento Sanitario Internacional (2005) en relación con la pandemia por virus (H1N1) 2009, presentado ante la 64a. Asamblea Mundial de la Salud, disponible en: <http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA64/A64_10-sp.pdf?ua=1>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

³² Un reciente comentario en este sentido es el de Bill Gates, *op. cit.*, p. 1381.

³³ Esta tendencia se ha resaltado en Gian Luca Burci y Claude-Henri Vignes, *World Health Organization*, Kluwer Law International, La Haya, 2004, pp. 141-

De entre estos actos, los más atinentes para el presente análisis son las recomendaciones técnicas temporales que emite la OMS durante una emergencia de salud pública de importancia internacional, las cuales, conforme a lo dispuesto por el artículo 1 del Reglamento Sanitario Internacional, no tienen carácter vinculante. En consecuencia, sus violaciones no pueden dar lugar al surgimiento de responsabilidad internacional,³⁴ al menos no del mismo modo que los actos que emanan directamente de las fuentes de Derecho Internacional establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.³⁵

Como ya se señaló, conforme a los artículos 15 a 18 del multicitado Reglamento, cuando el/la Director(a) General de la OMS emite una Declaración de Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional, a la par puede expedir recomendaciones ya sea temporales o permanentes, respecto de las medidas sanitarias que se consideran como las apropiadas para hacerle frente a la emergencia.

La falta de obligatoriedad formal no implica que estas recomendaciones no son relevantes en términos jurídicos, puesto que, como

142 y 146-152; Richard G. Feachem y Jeffrey D. Sachs, (dirs.), *Global Public Goods for Health. Report of Working Group 2 of the Commission on Macroeconomics and Health*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, Agosto de 2002, p. 55.

³⁴ Por el contrario, se estima que una inobservancia de las normas del Reglamento Sanitario Internacional sí podría conducir a responsabilidad internacional, tanto para los Estados Miembro como para la OMS, aunque hasta la fecha no se han presentado casos que invoquen dicho instrumento en el reclamo de una acción en específico. Véase Gian Luca Burci y Clemens Feinäugle, “The ILC’s articles seen from a WHO perspective” en Maurizio Ragazzi (ed.), *Responsibility of International Organizations. Essays in memory of Sir Ian Brownlie*, La Haya Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 187.

³⁵ En este trabajo, se considera que el carácter “legal” o “vinculante” de un instrumento o documento tiene un carácter binario, en el sentido de “es/no es”, aunque esto es motivo de debate en el ámbito doctrinario. Para más sobre esta discusión, véase la taxonomía que llevan a cabo Kenneth Abboth y otros, “The Concept of Legalization” en *International Organization*, vol. 54, no. 03, Cambridge, International Organization Foundation/Cambridge University Press, Junio de 2000 p. 410.

se verá en líneas posteriores, el contenido o el sentido de estos actos determina el rumbo que se toma en torno a la restricción de ciertos derechos humanos en aras de proteger otros.³⁶ Asimismo, se señala que estas circunstancias no se tratan, por cierto, de un caso aislado, sino que obedecen a un contexto en el que los actos no vinculantes, denominados *soft law* por algunos,³⁷ proliferan en lo que se ha conocido como “los tiempos de la gobernanza global”.³⁸

IV. PRINCIPALES MECANISMOS JURÍDICOS INTERNACIONALES EMPLEADOS DURANTE LA CRISIS DEL ÉBOLA DE 2014-2015

Aunque ciertamente no fueron los únicos, a continuación se presentan los mecanismos jurídicos que se estiman como los principales para efectos de este análisis. A pesar de que hay una serie de otros instrumentos y vías informales que fungieron para dirigir el rumbo

³⁶ En estas líneas, no se utiliza el término “*soft law*” para referirse a esos actos, en atención a que dicha noción puede ser confusa en cuanto al carácter jurídico que les estaría atribuyendo, dado que uno de los problemas que surgen al adoptar el término “*soft law*” consiste en que remite a un asunto de “grados” de vinculatoriedad, lo cual no encuentra sustento en el Derecho Internacional. Véase, p. ej. Jan Klabbbers, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 38.

³⁷ Vale la pena precisar que no se emplea el término *soft law* para aludir a las recomendaciones de la OMS, en la medida en que su uso da lugar a múltiples confusiones y para nada hay un acuerdo sobre sus alcances e implicaciones jurídicas, por lo que se opta por señalar simplemente que son actos *no vinculantes*, una cuestión constatable desde el punto de vista de la validez del Derecho Internacional Público. Sobre las críticas al concepto de *soft law*, véase Jan Klabbbers, *International Law... cit.*, p. 38; también, Keith Culver y Michael Giudice, “Legal System, Legality and the State: an Inter-institutional Account”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, Distrito Federal, 2008, p. 120.

³⁸ Matthias Goldmann, “We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present and Future Approaches to International Soft Law” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, no. 2, Cambridge, Cambridge University Press, Junio de 2012, p. 366.

de la respuesta internacional frente al ébola, este apartado se limita a aquellos provenientes de la OMS, puesto que constituye el eje rector del debate planteado al inicio.

1. DATOS GENERALES SOBRE EL BROTE DE ÉBOLA DE 2014-2015

Los datos referentes a cuándo inició exactamente el actual brote de ébola son todavía inciertos. Aunque los primeros reportes clínicos de la presencia del virus del ébola fueron emitidos por las autoridades sanitarias de Guinea en Marzo de 2014, al parecer el virus ya circulaba desde cuando menos tres meses antes.³⁹

En el momento en que se redactan estas líneas, el conteo oficial de fallecimientos ocasionados por el ébola se encuentra en más de 28,000 casos confirmados, de los cuales más de 11,300 han sido letales,⁴⁰ aunque se estima que las cifras reales son más altas.⁴¹

Ahora bien, aunque el brote ha afectado primordialmente a África occidental, hay que mencionar que el virus se encontró presente en otros países, como lo han sido Mali, Senegal, España y Estados Unidos de América. Sin embargo, en estas naciones no se ha suscitado una cadena de transmisión de persona a persona lo suficientemente sostenida como para estimar que el virus se convirtió en una

³⁹ Se estima que la primer defunción por el virus de ébola que ocasionó la emergencia en curso ocurrió durante Diciembre de 2013, en la provincia de Guéckédou, Guinea, situada en las proximidades de la frontera con Liberia y Sierra Leona. Véase Sylvain Baize y otros, “Emergence of Zaire Ebola Virus Disease in Guinea” en *The New England Journal of Medicine*, vol. 371, no. 15, Boston, Massachusetts Medical Society, 9 de Octubre de 2014, pp. 1418-1419 y 1421.

⁴⁰ Para un reporte de la situación con información en tiempo real, véase <<http://who.int/csr/disease/ebola/es/>>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

⁴¹ Es muy común lidiar con un problema de “sub-reportaje” de las cifras, en atención a la falta de un seguimiento de los casos reportados. Véase Sylvie Briand y otros, “The International Ebola Emergency” en *The New England Journal of Medicine*, vol. 371, no. 13, Boston, Massachusetts Medical Society, 25 de Septiembre, 2014, pp. 1180-1181.

emergencia sanitaria también en esos países, sino que fueron casos importados aislados.⁴²

2. DECLARACIÓN DE EMERGENCIA DE SALUD PÚBLICA DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL

El 8 de Agosto de 2014, la Directora General de la OMS declaró que había una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional, debido a la crisis de ébola que afectaba en ese entonces a Guinea, Liberia, Nigeria y Sierra Leona.⁴³ Es apenas la tercera vez que se utiliza esta figura para hacerle frente a un problema relacionado con alguna enfermedad contagiosa.⁴⁴

El lapso de tiempo transcurrido entre la notificación de la presencia del ébola en Marzo de 2014, y la fecha en que fue emitida la referida declaración, ha conducido a varias críticas respecto del deficiente papel de liderazgo por parte de la OMS.⁴⁵ En este con-

⁴² El relato a este respecto se retoma de Justo Manuel Menéndez, Fernando Simón y José Barberán, “Enfermedad por virus ébola. Una visión global” en *Revista española de quimioterapia*, vol. 27, no. 4, Barcelona, J.R. Prous, 2014, p. 234.

⁴³ Véase la “Declaración de la OMS sobre la reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional acerca del brote de enfermedad por el virus del ébola de 2014 en África Occidental”, visible en <<http://who.int/mediacentre/news/statements/2014/ebola-20140808/en/>>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

⁴⁴ Las otras dos ocasiones fueron: el 25 de abril de 2009, día en que se declaró una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional con motivo del virus de influenza A(H1N1) detectado en México, Estados Unidos y Canadá; y el 15 de mayo de 2014, día en que la OMS emitió una declaración de este tipo en virtud de la propagación del virus de la polio a lo largo de varios países pertenecientes a las regiones de Asia Central, Medio Oriente y África Central. Consultables respectivamente en: <http://who.int/mediacentre/news/statements/2009/h1n1_20090425/es/> y <<http://who.int/mediacentre/news/statements/2014/polio-20140505/es/>>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

⁴⁵ Por supuesto, las críticas no sólo van dirigidas a este organismo, sino a la comunidad internacional en general merced a su respuesta diferida. Véase Lawrence Gostin y Eric Friedman, “Ebola: a crisis in global health leadership” en *The Lancet*,

texto, hay que precisar el hecho de que el artículo 9 del Reglamento Sanitario Internacional prevé la posibilidad de recibir “informes procedentes de fuentes distintas”, refiriéndose a actores no estatales,⁴⁶ si existen posibles eventos que impliquen un riesgo para la salud pública internacional. Luego, el aviso por parte de Médicos Sin Fronteras, encuadra dentro de los supuestos que la OMS estaba obligada a tomar en consideración, tal como lo prevén los numerales 9 a 12 del referido Reglamento.

Por otro lado, las obligaciones jurídicas inmediatas para los Estados que resultan de este tipo de declaraciones consisten, conforme al Reglamento Sanitario Internacional, en un incremento en la vigilancia epidemiológica y el reportar con celeridad cualquier posible caso de ébola que se detecte en su territorio.⁴⁷

Vale la pena precisar que la declaración de una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional puede surgir por motivos que no se limitan al brote de una enfermedad contagiosa, sino también a eventos de distinta índole, pues en el Anexo 2 del Reglamento Sanitario Internacional, se establece un diagrama denominado “Instrumento de Decisión para la Evaluación y Notificación de Eventos que pueden constituir una Emergencia de Salud Pública

vol. 384, no. 9951, Londres, Elsevier, 11 de Octubre de 2014, pp. 1322-1324; asimismo, vale la pena consultar el detallado informe de Médicos Sin Fronteras, quienes estuvieron en contacto directo con la población durante el brote inicial de ébola, titulado *Pushed to the Limit and Beyond. A year into the largest ever Ebola outbreak*, disponible en <<http://www.msf.org/article/ebola-pushed-limit-and-beyond>>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

⁴⁶ Este aspecto del Reglamento Sanitario Internacional de 2005 es desarrollado de forma más pormenorizada en David P. Fidler, “From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations”, *op. cit.*, pp. 374-375.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 385; Bradly Condon y Tapen Sinha, “The effectiveness of pandemic preparations: legal lessons from the 2009 influenza epidemic”... *cit.*, pp. 4-5; Rebecca Katz, “Use of Revised International Health Regulations during Influenza A(H1N1) Epidemic, 2009” en *Emerging Infectious Diseases*, vol. 15, no. 8, Atlanta, Centers for Disease Control and Prevention, Agosto de 2009, pp. 1166-1168.

de Importancia Internacional”. El hecho de que se distinga entre “enfermedades” y “eventos distintos”, podría indicar la inclusión de catástrofes de otro tipo, ya sean naturales o producidas por el hombre.⁴⁸ Empero, hasta la fecha esta característica permanece en el plano hipotético, dado que, como se menciona con antelación, esta figura sólo ha sido utilizada en casos de brotes de enfermedades contagiosas.

3. LAS RECOMENDACIONES TEMPORALES DE LA OMS EN EL CASO DEL ÉBOLA

Aunque la magnitud de la crisis del ébola de 2014 condujo a reacciones no sólo por parte de la OMS, sino de muchos otros organismos internacionales,⁴⁹ estas líneas se limitan a un análisis de las recomendaciones emitidas por la citada organización internacional.

⁴⁸ Los desastres nucleares, como el ocurrido en Fukushima, Japón, en 2011, si bien generan efectos perniciosos en la salud, son competencia en primer término del Organismo Internacional de Energía Atómica. Así los principales instrumentos normativos aplicables son la *Convención sobre la pronta notificación de un accidente nuclear*, así como la *Convención sobre Asistencia en caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica*, aunque hay una participación conjunta de la Organización Mundial de la Salud en caso de un evento de este tipo, según el artículo 6 del Reglamento Sanitario Internacional. Se ha señalado que dicho Reglamento es también aplicable a ese fenómeno, según se aprecia en *The WHO Quarterly Bulletin on IHR Implementation*, no. 14, Organización Mundial de la Salud, 8 de Abril de 2011, visible en <http://www.who.int/ihr/ihrnews/IHR_news_No_14.pdf>, [consultado el 20 de septiembre de 2015].

⁴⁹ Cabe destacar las resoluciones 2176 y 2177 (2014), ambas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en la que reitera la necesidad de actuar bajo el marco de los protocolos y recomendaciones de la OMS, con el propósito de atender el brote de ébola en aras de mantener la paz y la seguridad internacionales. Disponibles, respectivamente, en: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=546f0dd24>> y <<https://www.ifrc.org/docs/IDRL/Consejo%20de%20Seguridad%202177.pdf>>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

En este sentido, derivado de lo establecido en el numeral 18.1 del Reglamento Sanitario Internacional, la OMS puede aconsejar, entre otras medidas, el uso de la cuarentena y el aislamiento, cuando ello sea pertinente. La Directora General así lo hizo, en el momento en que declaró la presencia de una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional, puesto que las recomendaciones incluían utilizar el aislamiento de casos confirmados y cuarentena de las personas que hubiesen estado en contacto con un enfermo de ébola “si se consideran necesarias”.⁵⁰

Como se señaló con anterioridad, la inobservancia de estas recomendaciones no pueden dar lugar a responsabilidad internacional. Sin embargo, no puede pasarse por alto el que tienen una influencia considerable en los Estados, ya que son adoptadas como pautas para la acción por los gobiernos, dado que se asumen como el acto de una organización con funciones y capacidades técnico-científicas, como lo es la OMS.⁵¹

⁵⁰ En el caso particular, las cuarentenas pueden implementarse de diversas maneras, en tanto las recomendaciones no señalan explícitamente un confinamiento de las personas, sino sólo una restricción parcial del movimiento nacional y absoluta en cuanto al transporte internacional de las personas que entraron en contacto con enfermos de ébola. “Declaración de la OMS sobre la reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional acerca del brote de enfermedad por el virus del ébola de 2014 en África Occidental”, *op. cit.* Estas indicaciones también se puede consultar en el documento *Hoja de ruta para la respuesta al virus de ébola*, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 28 de Agosto de 2014, p. 8, visible en: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/135590/1/WHO_EVD_Roadmap_14.1_spa.pdf?ua=1&ua=1>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

⁵¹ Este razonamiento también estuvo presente durante el brote de SARS de 2003, durante el cual la OMS asumió un papel de liderazgo a pesar de que en aquel entonces carecía de las facultades legales otorgadas por el Reglamento Sanitario Internacional de 2005. Véase Daniel Esty, “Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law”, en *The Yale Law Journal*, vol. 115, no. 7, New Haven, Yale Law School, Estados Unidos, Mayo de 2006, p. 1551.

En el mismo orden de ideas, puede asumirse que las recomendaciones técnicas gozan de influencia⁵² entre los Estados porque se estima que reflejan el estado del conocimiento científico en el momento de su emisión. Se dice esto, puesto que los artículos 17, 47 y 48 del RSI, estipulan que las recomendaciones las emitirá el (la) Director(a) General, tras llevar a cabo una consulta a un Comité de Emergencias compuesto por expertos en la materia, seleccionados a partir de una Lista (Roster) previamente definida.⁵³

Aunado a lo anterior, conforme al artículo 43 del RSI, los países pueden adoptar medidas adicionales, siempre y cuando éstas no sean más restrictivas o invasivas que otras opciones razonablemente disponibles, si es que existen. Por lo tanto, el catálogo enumerado en las recomendaciones de la OMS no necesariamente es limitativo, sino que permite recurrir a otras que no han sido incluidas de forma explícita.

4. LA IMPORTANCIA DE LOS ACTOS NO VINCULANTES FRENTE A LA TENSIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DEL ÉBOLA

Las medidas de salud pública como la cuarentena, el aislamiento y el cordón sanitario, que han sido adoptadas en el contexto de la emergencia sanitaria ocasionada por el ébola de 2014, son altamente restrictivas de derechos. Asimismo, su uso se encuentra promovi-

⁵² Aunque en este trabajo no se abunda más en este debate, esta “influencia” puede traducirse a una discusión más detallada sobre su *legitimidad* de tipo “técnica” o “basada en expertos”, como se le ha denominado por algunos, como por ejemplo, Ingo Venzke, “International Bureaucracies from a Political Science Perspective - Agency, Authority and International Institutional Law” en Armin von Bogdandy y otros (eds.), *op. cit.*, pp. 83-85.

⁵³ La relación de los integrantes y asesores del Comité de Emergencias en el caso del ébola, puede ser consultada en <http://www.who.int/ihr/procedures/emerg_comm_members_20140806/en/>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

do de forma explícita en las recomendaciones técnicas de la OMS, efectuadas a la par de la Declaración de 8 de Agosto de 2014 sobre la presencia de una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional por la propagación del ébola a lo largo de países de África Occidental. La trascendencia de las recomendaciones, se reitera, estriba en que los criterios de la OMS fungen, entre otras cosas, como pauta para determinar cuándo hay una justificación científica para la imposición de medidas como la cuarentena, el aislamiento, o incluso las de carácter más draconiano como el cordón sanitario.⁵⁴

Entonces, los debates sobre la gestión de la respuesta frente al ébola han versado sobre la falta de capacidades de infraestructura encaminada a aplicar las medidas restrictivas, y no tanto sobre la justificación de emplearlas. Esto es, se asume *prima facie* que se está ante restricciones aceptables a los derechos individuales, toda vez que la propagación acelerada del virus y las múltiples carencias de los sistemas de salud de los países africanos no dan lugar a alternativas.

En el presente caso es harto difícil encontrar un argumento viable en contra de la justificación de las multicitadas medidas. A pesar de que está lejos de ser un balance ideal entre las dimensiones colectiva e individual de los derechos, lo cierto es que las decisiones tienen que adaptarse al entorno social africano, donde han imperado los conflictos armados y el olvido sistemático, por lo que las herramientas disponibles distan sobremanera de ser las ideales.⁵⁵ Esto

⁵⁴ Para relatos sobre la manera en que fue implementado el cordón sanitario en la zona fronteriza de Guinea, Liberia y Sierra Leona, véase “Un millón de personas, aisladas con cercos sanitarios por el ébola” en *La Jornada*, 16 de Agosto de 2014, visible en: <<http://www.jornada.unam.mx/2014/08/16/sociedad/029n1soc>>. También, Donald G. Mcneil Jr., “Using a Tactic Unseen in a Century, Countries Cordon Off Ebola-Racked Areas” en *The New York Times*, 12 de Agosto de 2014, disponible en: <http://www.nytimes.com/2014/08/13/science/using-a-tactic-unseen-in-a-century-countries-cordon-off-ebola-racked-areas.html?_r=1>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

⁵⁵ Se recalca esta situación en Bill Gates, “The Next Epidemic-Lessons from Ebola”, *op. cit.*, 1382.

último se ilustra todavía más porque, a pesar de que hay recientes investigaciones relativas a vacunas con potencial para cambiar el escenario, éstas no se encontraban disponibles al inicio “formal” de la emergencia.⁵⁶ Por lo tanto, fue latente durante esta crisis la persistente ausencia de una alternativa menos restrictiva que las medidas de salud pública adoptadas hasta ahora en el marco del ébola, si bien esto no justifica del todo su uso indiscriminado como si se tratase de un “cheque en blanco”.⁵⁷

Cabe señalar que ha habido países que implementaron una restricción total a los vuelos provenientes de las regiones afectadas por el virus.⁵⁸ Independientemente de que la precaución esté fundamentada o no, lo cierto es que estas medidas pueden considerarse como excesivas. Se dice lo anterior, en tanto, por un lado, no hay ninguna justificación científica en el sentido de que esto detendrá la propagación y, por el otro, se incrementa el riesgo de empeorar la situación, puesto que contribuyen aun más al deterioro de la economía de los países directamente afectados.⁵⁹

⁵⁶ Véase el reciente éxito de los ensayos clínicos realizados respecto de una posible vacuna para el ébola en <<http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2015/effective-ebola-vaccine/en/>>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

⁵⁷ Medidas similares fueron desplegadas en China durante el brote del Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SARS, por sus siglas en inglés) de 2003, y aunque eventualmente se logró superar esta crisis, se cree que hubo un uso excesivo de las restricciones a los derechos individuales debido a su empleo generalizado. Véase Matthew K. Wynia, “Ethics and Public Health Emergencies: Restrictions on Liberty” en *The American Journal of Bioethics*, Vol. 7, No. 2, Taylor & Francis Group Inc., Cambridge, Febrero de 2007, pp. 2-3.

⁵⁸ Aunque no se enumeran los países que incurrieron en este proceder, este hallazgo fue descrito en la 5a. reunión del Comité de Emergencias de la OMS, celebrada el 10 de Abril de 2015, visible en <<http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2015/ihr-ec-ebola/en/>>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

⁵⁹ De entre las distintas recomendaciones técnicas emitidas por la OMS, se encuentra la de no implementar restricciones generales al transporte aéreo. Véase *Declaración de la OMS sobre la reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional acerca del brote de enfermedad por el virus del ébola de 2014 en África Occidental*, *op. cit.*

V. MÁS ALLÁ DE LO VINCULANTE: EL ENFOQUE DE LA GOBERNANZA GLOBAL Y LAS MEDIDAS DE SALUD PÚBLICA ADOPTADAS FRENTE AL ÉBOLA

Aunque sea de manera breve y superficial, se estima necesario señalar en qué sentido se emplea el término gobernanza global en este trabajo, y cuál es su relevancia para el análisis de lo acontecido en el ámbito del derecho internacional durante la crisis del ébola. Esto tiene como objetivo el impedir confusiones conceptuales en cuanto sea posible, ya que la polisemia de la que es objeto el referido término puede dar lugar a una multitud de temas, conexos pero no idénticos entre sí.

1. VARIANTE DE GOBERNANZA GLOBAL ADOPTADA EN ESTAS LÍNEAS

La noción o concepto de gobernanza global es polisémica, y ha sido objeto de innumerables aproximaciones doctrinales.⁶⁰ Se considera útil precisar cuál de todas las acepciones es la que se emplea en estas líneas.

Por un lado, gobernanza global alude a los procesos de transformación que ha experimentado el Estado a raíz de la fase actual de proceso de globalización, particularmente a través de una diversificación en cómo se toman las decisiones respecto de temas considerados de interés público, de ahí que ambos conceptos hayan evolucionado

⁶⁰ Para un acercamiento a la manera en que ha tenido lugar esta proliferación, véase David Levi-Faur, “From Big Government” to “Big Governance?” en David Levi-Faur, (ed.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, Nueva York, 2012, p. 5 y ss.; asimismo, James N. Rosenau, “Governance in the Twenty-first Century” en *Global Governance*, Vol. 1, No. 1, Lynne Rienner Publishers, Boulder, Invierno de 1995, p. 13 y ss.; de igual manera, véase José María Serna de la Garza, *Impacto e Implicaciones Constitucionales de la Globalización en el Sistema Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, Distrito Federal, 2012, pp. 69-71.

nado más o menos de forma paralela.⁶¹ Tal afirmación cobra fuerza en el ámbito internacional, también por el hecho de que no hay un gobierno central encargado de cumplir con todas las funciones propias de un Estado nacional.⁶²

Entonces, una de las vertientes de la idea de gobernanza global se enfoca en el hecho de que la comunidad internacional opera a través de una multitud de relaciones no-jerárquicas,⁶³ donde también se asume que los Estados ya no tienen el papel único de toma de decisiones a nivel internacional —si es que alguna vez lo tuvieron de forma categórica—, sino que hay una participación cada vez mayor de actores no estatales en los procesos de creación de normas y reglas, así como para la vigilancia del cumplimiento de las mismas.⁶⁴ A pesar de que

⁶¹ Jim Whitman, *The Fundamentals of Global Governance*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2009, pp. 3-4; Martin Hewson y Timothy J. Sinclair, “The Emergence of Global Governance Theory” en Martin Hewson y Timothy J. Sinclair, (eds.), *Approaches to Global Governance Theory*, State University of New York Press, Nueva York, 1999, p. 16.

⁶² Empero, hay voces que sí contemplan la posibilidad del surgimiento de un Estado mundial propiamente dicho, como por ejemplo Alexander Wendt, “Why a World State is Inevitable” en Luis Cabrera (ed.), *Global Governance, Global Government. Institutional Visions for an Evolving World System*, State University of New York Press, Nueva York, 2011, pp. 55-56. Sin embargo, tal propuesta es altamente polémica y lejos de ser universalmente aceptada en la literatura, como se observa en la opinión contraria de Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004, especialmente pp. 262-263 y 270.

⁶³ Sobre la idea de “horizontalidad”, véase Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart, “El surgimiento del Derecho Administrativo Global” en *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina. Desafíos para las Inversiones Extranjeras, la Regulación Nacional y el Financiamiento para el Desarrollo*, Ediciones RAP, S.A., Buenos Aires, 2009, p. 75; David Levi-Faur, “From “Big Government” to “Big Governance”, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴ Tanja Brühl y Volker Rittberger, “From International to Global Governance: Actors, collective decision-making and the United Nations in the world of the twenty-first century”, en Volker Rittberger (ed.), *Global governance and the United Nations System*, Tokyo, United Nations University Press, 2001, p. 2; Tanja E. Aalberts, “Patterns of Global Governmentality and Sovereignty” en Stefano Guzzini y Iver B. Neumann (eds.), *The diffusion of power in global governance. International Political Economy Meets Foucault*, Houndmills, Palgrave-Macmillan, 2012, p. 234; para ejemplos de cómo dicha idea también encuentra eco en el ámbito de

esta variante también resultaría pertinente para el estudio de caso del ébola, toda vez que hubo una presencia notable en la respuesta a la crisis por parte de organismos no gubernamentales como Médicos Sin Fronteras, por el momento no se profundiza más en este rumbo.

Ahora bien, otra de las aportaciones del concepto de gobernanza es su énfasis en cómo los asuntos públicos son gestionados a partir de actos considerados como “informales”, cuyos efectos o consecuencias en ocasiones superan a los de actos más “formales”.⁶⁵ Más allá de los actores que emitan unos u otros, esta afirmación tiene una relevancia directa para el Derecho si se toma en cuenta que las normas o reglas jurídicas conllevan un grado máximo de formalidad,⁶⁶ mientras que otros actos, como lo serían las recomendaciones de la OMS, poseen un nivel menor.⁶⁷

Por otra parte, la conformación del elemento *global* del término en cuestión se apoya en una perspectiva multi-nivel, según la cual hay una simultaneidad en las decisiones adoptadas en los ámbitos local/nacional, regional e internacional general.⁶⁸ Así se desprende, por ejemplo, del hecho de que las medidas de cuarentena y aisla-

la Salud Pública, véase Matthew Hoisington, “A Special Role for the World Health Organization in the Creation of a Living, Breathing Global Health Governance Constitution” en *Global Health Governance*, Vol. VI, No. 2, Verano de 2013, p. 2, disponible en: <<http://ghgj.org>>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

⁶⁵ Henk Overbeek, “Global Governance: From Radical Transformation to Neo-Liberal Management” en *International Studies Review*, Vol. 12, No. 4, Malden, International Studies Association/Blackwell Publishers, Diciembre de 2010, p. 700.

⁶⁶ James Rosenau, “Governance in the Twenty-first Century”... *op. cit.*, p. 29; esto se enfatiza también en Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann y Philipp Dann, “Developing the Publicness of Public International Law...”, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁷ Esto da lugar también a un debate polémico sobre la posibilidad de concebir una “normatividad relativa” en el ámbito internacional, que obedezca a criterios de grados de vinculatoriedad, lo que genera no pocas críticas. Matthias Goldmann, “We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present and Future Approaches to International Soft Law” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, no. 2, Cambridge, Cambridge University Press, Junio de 2012, pp. 341-342.

⁶⁸ Armin von Bogdandy, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de Derecho Público comparado, supranacional e internacional*, *op. cit.*, p. 99; Michael Zürn, “Global

miento adoptadas se encuentran justificadas desde el punto de vista jurídico tanto en el marco del RSI (espacio internacional general), como en el de la Carta Africana (espacio regional) y las Constituciones de los países principalmente afectados (espacio local/nacional).

Dicho esto, la idea de *gobernanza global* a la que se limita el presente análisis es la que se centra en las decisiones informales o no-vinculantes -entendido como una cuestión de grado, como se precisa en párrafos anteriores- que presentan una dimensión multi-nivel en cuanto al ámbito de donde provienen, sus efectos y los fundamentos jurídicos intrínsecos.

2. EL USO DEL ENFOQUE DE GOBERNANZA GLOBAL EN EL CASO DE LAS MEDIDAS DE SALUD PÚBLICA DE RESPUESTA AL ÉBOLA

Las decisiones de la OMS que derivan en la emisión de recomendaciones técnicas en tal o cual sentido, y sus efectos jurídicos a pesar de su no-vinculatoriedad, pueden abordarse a partir de la visión de gobernanza global que fue presentada en el apartado previo.

Conforme a la perspectiva que se ha planteado a lo largo del artículo, la aceptabilidad de tal o cual medida sólo puede determinarse en un caso por caso, enfermedad por enfermedad. No es posible, por el momento, plantear en términos generales una afirmación en el sentido de que las medidas restrictivas como la cuarentena o el aislamiento están justificadas para cualquier escenario de propagación de enfermedades, pues en otras ocasiones se ha afirmado que no son útiles, como durante la pandemia de influenza A(H1N1) 2009-2010, en virtud del alto grado de contagio de este virus y las dificultades que implica rastrear y aislar a los contactos.⁶⁹ Más bien,

Governance as Multi-level Governance” en David Levi-Faur, *The Oxford Handbook of Governance*, *op. cit.*, p. 731.

⁶⁹ Véase las directrices de la OMS a este respecto, *Preparación y respuesta ante una pandemia de influenza*, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2009, p. 69; también, Gregory P. Campbell, “The Global H1N1 Pandemic, Quarantine Law, and the Due Process Conflict” en *San Diego International Law Journal*, vol.

la decisión dependerá de las características epidemiológicas de la enfermedad de que se trate, lo que a su vez justifica el que se haya elegido al ébola en lo particular.

Así, a través de las recomendaciones técnicas, la OMS proporcionó un fundamento jurídico para las medidas agresivas adoptadas por los gobiernos de Guinea, Sierra Leona, Liberia y Nigeria. Los acontecimientos permiten suponer que la adopción de medidas como la cuarentena y el aislamiento no podían ser optativas, sino que es necesaria su imposición obligatoria. Ciertamente, esto es más fácil de pregonar que de realizar, sobre todo si se trata de países con una muy limitada capacidad de respuesta frente a emergencias sanitarias.

Ahora bien, aunque las medidas adoptadas para hacerle frente a la crisis fueron altamente restrictivas, lo cierto es que parecen haber cumplido su objetivo de mitigar la propagación del virus. Ello se ilustra por lo acontecido en el caso índice de ébola en Nigeria, Patrick Sawyer,⁷⁰ país en el que se logró reducir a cero el núme-

12, no. 2, San Diego, University of San Diego School of Law, 2011, p. 510; en el mismo sentido, Hodge Jr., James G., “Global Legal Triage in Response to the 2009 H1N1 Outbreak” en *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, vol. 11, no. 2, Mineápolis, University of Minnesota Law School, primavera de 2010, p. 607.

⁷⁰ Se estima que Patrick Sawyer fue quien introdujo el virus en ese país, proveniente de Liberia. La pronta acción de las autoridades al aislarlo logró impedir la escalada hacia una crisis como la de los países más golpeados, a pesar de que para hacerlo tuvieron que detener al paciente cuando intentó huir del hospital. Véase las notas en los periódicos *El Financiero* y *El Universal*, disponibles respectivamente en: <<http://www.elfinanciero.com.mx/mundo/nigeria-confirma-el-segundo-caso-de-ebola.html>> y <<http://www.eluniversal.com.mx/el-mundo/2014/suman-16-casos-de-ebola-en-nigeria-1034620.html>>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015]. También consúltese, sobre esta historia, Sarathi Kalra y otros, “The Emergence of Ebola as a Global Health Security Threat: From “Lessons Learned” to Coordinated Multilateral Containment Efforts” en *Journal of Global Infectious Diseases*, vol. 6, no. 4, Tampa, International Infectologists Network, Octubre-Diciembre 2014, p. 171; por último, el relato sobre la reacción del personal médico que atendió a Patrick Sawyer puede consultarse en <<http://www.bbc.com/news/world-africa-30199004>>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

ro de contagios a partir de la aplicación del aislamiento. Empero, para nada puede servir esto a manera de justificación de un uso indiscriminado y excesivo de esas medidas, pues este criterio podría resultar contraproducente.⁷¹ Aunque no siempre es fácil diagnosticar de forma certera cuándo se justifica el uso de estas medidas y cuándo no, especialmente en un panorama complicado desde el punto de vista socioeconómico como lo es África occidental, vale la pena hacer ese esfuerzo en aras de impedir un abuso sistemático a los derechos humanos.

Precisamente por esta razón, hay que insistir en la atención que merecen los actos internacionales no vinculantes desde una perspectiva jurídica. El uso de conceptos como el de gobernanza global ha contribuido, entre otras cosas, al entendimiento de que los efectos de facto vinculantes no sólo provienen de los actos formalmente obligatorios.⁷² Tal es el caso de las recomendaciones técnicas de la OMS, que son las que en mayor grado definen la aceptabilidad de una restricción de derechos durante un brote epidémico.⁷³

A grandes rasgos, puede afirmarse que estas recomendaciones tienen un efecto mayor al que indicaría su denominación, ya que la posibilidad de ignorarlas en algunas situaciones podría ser más ilusión que realidad.⁷⁴ Su peso o influencia quizá proviene de una

⁷¹ James G. Hodge Jr. y otros, “Global Emergency Legal Responses to the 2014 Ebola Outbreak”, *op. cit.*, p. 599.

⁷² Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann y Philipp Dann, “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities” en Armin von Bogdandy y otros (eds.), *op. cit.*, p. 11; Henk Overbeek, “Global Governance: From Radical Transformation to Neo-Liberal Management”, *op. cit.*, p. 700.

⁷³ Incluso, los Principios de Siracusa, mencionados en una parte precedente, remiten directamente a la Organización Mundial de la Salud, para establecer cuándo es apropiado dictaminar límites a los derechos individuales en aras de salvaguardar la salud pública.

⁷⁴ Sobre este peso de algunos instrumentos no vinculantes, véase Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann y Philipp Dann, “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, *op. cit.*, p. 10; Kenneth W. Abbott y Duncan Snidal, “Hard and Soft

multitud de factores: que el acto proviene de una organización internacional que goza de autoridad en términos técnico-científicos;⁷⁵ que por su presencia internacional, las conclusiones a las que llega la organización pueden ser más acertadas que las que formule cada país en lo individual;⁷⁶ o que, de plano, los beneficios de ajustarse a ellos superan por mucho a las desventajas de desatenderlos.⁷⁷

De ahí, que más allá de su carácter vinculante o no, es necesario incluir a las recomendaciones de la OMS en cualquier análisis jurídico que verse sobre la justificación de las medidas de cuarentena y aislamiento, a sabiendas de que continúa pendiente el debate sobre cuál es su naturaleza legal.

VI. EL PAPEL DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LAS MEDIDAS DE RESPUESTA FRENTE AL ÉBOLA

En el contexto de sistemas de salud altamente precarios, como los de los países africanos principalmente afectados,⁷⁸ así como las

Law in International Governance” en *International Organization*, vol. 54, no. 3, Cambridge, International Organization Foundation/Cambridge University Press, Junio de 2000, p. 456.

⁷⁵ Ingo Venzke, “International Bureaucracies from a Political Science Perspective-Agency, Authority and International Institutional Law” Armin von Bogdandy *et al.*, (eds.), *op. cit.*, pp. 83-85.

⁷⁶ Armin von Bogdandy y Matthias Goldmann, “The Exercise of International Public Authority through National Policy Assessment. The OECD’s PISA Policy as a Paradigm for a New International Standard Instrument” en *International Organizations Law Review*, vol. 5, no. 2, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 260; Harvey Fineberg, “Pandemic Preparedness and Response. Lessons from the H1N1 Influenza of 2009”, en *The New England Journal of Medicine*, vol. 370, no. 14, Boston, Massachusetts Medical Society, Abril de 2014, p. 1341

⁷⁷ Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann y Philipp Dann, “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities” en Armin von Bogdandy y otros (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁸ De hecho, los países que han sido más golpeados por el ébola tienen niveles de desarrollo en infraestructura sanitaria, que se encuentran entre los más bajos del mundo. Véase Lawrence O. Gostin, “Ebola: towards an International Health

limitaciones de los avances médicos en torno al ébola —específicamente, la ausencia de vacunas durante el período más álgido de la crisis—⁷⁹ la disponibilidad de recursos alternativos se ve afectada de forma dramática. Este escenario de carencias extremas complica aun más cualquier evaluación sobre la aceptabilidad de tal o cual medida. Aunque la situación de ningún modo podría justificar una desatención total de los derechos individuales en aras del bienestar de la población, tampoco se considera viable condenar el uso de medidas que en una situación “ordinaria”, estarían injustificadas si no se respetan ciertos requerimientos procedimentales básicos.⁸⁰

Dicho esto, cualquier ecuación que se formule para la manera en como se enfrenta una situación extrema como el brote de ébola en África, tiene que incluir una valoración de aquellos derechos⁸¹ considerados como límites infranqueables, máxime que los instrumentos en esta materia, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Carta Africana, prevén la eventualidad de situaciones de emergencia.

Systems Fund” en *The Lancet*, vol. 384, no. 9951, Londres, Elsevier, 11 de Octubre de 2014, pp. e49-e51.

⁷⁹ Esta carencia ya se expone en Justo Manuel Menéndez, Fernando Simón y José Barberán, “Enfermedad por virus ébola. Una visión global”... *op. cit.*, p. 235.

⁸⁰ Dichos requerimientos se retoman de algunos principios constitucionales básicos, y se estima que, por ejemplo, en el ámbito jurídico mexicano, este tipo de actos tendrían que estar regidos por el principio de legalidad establecido en el artículo 16 constitucional, en la medida en que la cuarentena y el aislamiento se caracterizan por tener un carácter provisional. Véase la Jurisprudencia P./J.40/96, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo IV, Novena Época, Julio de 1996, p. 5, con el rubro “ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN”.

⁸¹ Esta afirmación parte de una visión diferenciada de los derechos, que es respaldada por el hecho de que no todos pueden ser motivo de limitación o restricción en casos de emergencia. Para un punto de vista teórico —e incluso crítico— de esta naturaleza de los derechos, así como una explicación más amplia de las ocasiones en que los derechos “chocan” entre sí, Martti Koskeniemi, *op. cit.*, pp. 142-147.

Ahora bien, la evaluación sobre si hubo un uso excesivo de facultades al implementar medidas agresivas frente a un brote epidémico puede realizarse ya sea en un plano “general”, en el que su utilización no puede justificarse bajo ningún argumento dada la naturaleza misma de la enfermedad,⁸² o en un plano “individual” de caso por caso, en el que se tendría que evaluar si la cuarentena o el aislamiento se realizó después de llevar a cabo un análisis de la situación que amerite su aplicación.

Empero, se considera que este análisis simplemente no se encuentra disponible en el caso del cordón sanitario —conocido también como “cuarentena comunitaria”—⁸³ pues el grave problema que surge con la aplicación de estas medidas generales e indiscriminadas, es que resulta prácticamente imposible llevar a cabo un tipo de evaluación de caso por caso,⁸⁴ toda vez que se aplica a un grupo o colectividad de personas de forma simultánea. De ahí, que la justificación de adoptar estas medidas opera casi exclusivamente en términos del derecho de una colectividad a la protección, que se impone sobre derechos humanos individuales, específicamente el de libre tránsito.

Todo ello ilustra la tensión inevitable entre unos y otros derechos, que si bien encuadran dentro del catálogo de aquellos que pueden

⁸² De nuevo, esta afirmación sería aplicable para el caso de la pandemia por influenza A(H1N1). Se ha señalado que aquellos países que utilizaron estas medidas incurrieron en un exceso, si bien las medidas más agresivas fueron implementadas en muy pocos casos, según se expone en Bradly Condon y Tapen Sinha, “The effectiveness of pandemic preparations...”, *op. cit.*, pp. 15-17.

⁸³ Para más información sobre un caso de la aplicación de esta medida en una aldea de Liberia, véase Tolbert Nyenswayh y otros, “Community Quarantine to Interrupt Ebola Transmission-Mawah Village, Bong County, Liberia, August-October 2014” en *Morbidity and Mortality Weekly Report*, vol. 64, no. 7, Centers for Disease Control and Prevention, Febrero 27 de 2015, pp. 179-182, disponible en <<http://stacks.cdc.gov/view/cdc/29283>>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

⁸⁴ Cabe señalar que dada la falta de aplicación de esta medida durante largo tiempo, hay una notable escasez de literatura científica respecto de su modo de empleo y efectividad médica frente a una enfermedad como el ébola.

ser limitados o restringidos, requieren no sólo de una adecuación técnica, como fue señalado en líneas precedentes, sino también de una apreciación del contexto específico en el que ocurre una emergencia. Las distintas circunstancias adversas que fueron enumeradas a lo largo del artículo, indican que nos encontramos ante un escenario muy lejos del óptimo, por lo que ciertos dilemas incluso llegan a ser inexistentes.⁸⁵

Dicho esto, de nueva cuenta hay que subrayar el impacto que tienen las recomendaciones de la OMS en la observancia de los derechos humanos frente a una crisis como el ébola. La autorización o no de tomar ciertas medidas en sus recomendaciones puede considerarse como una restricción en sí misma, en tanto se estima que los Estados se apoyan en ellas para ejecutar acciones en materia de salud pública.⁸⁶

Ante lo delicado de una restricción de derechos, y toda vez que no es posible aplicar los mismos criterios jurídicos a los actos no vinculantes de la OMS –aun cuando las recomendaciones temporales en comento tienen ciertos requisitos legales–⁸⁷ lo menos que

⁸⁵ De nuevo, la ausencia de una vacuna no permite que se “ponderen” los costos de su uso frente al de las cuarentenas, lo que es planteado en Daniel Markovits, “Quarantines and Distributive Justice”, en *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 33, no. 2, Nueva York, American Society of Law, Medicine & Ethics, Junio de 2005, p. 324.

⁸⁶ Actualmente, hay un debate doctrinal persistente en torno a la dificultad de establecer un vínculo de causa-efecto entre lo dispuesto por instrumentos no vinculantes en el plano internacional y las medidas adoptadas por autoridades nacionales, tal como se desarrolla en Matthias Goldmann, “We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present and Future Approaches to International Soft Law” en *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, no. 2, Cambridge, Cambridge University Press, Junio de 2012, p. 353.

⁸⁷ Se ha sostenido que, de no seguir el procedimiento establecido en el Reglamento Sanitario Internacional para la emisión de una Declaración de Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional, la OMS podría incurrir en responsabilidad internacional, en Gian Luca Burci y Clemens Feinäugle, “The ILC’s articles seen from a WHO perspective”, *op. cit.*, p. 187. Un argumento similar, aunque

podría esperarse es que estos actos gocen, cuando menos, de una legitimidad en aras de justificar su uso.⁸⁸

VII. CONCLUSIONES

Aunque el problema que se ha abordado en estas líneas pareciera ser exclusivo al contexto de África occidental, es imperioso tomar en serio la postura del Comisionado Especial sobre ébola de las Naciones Unidas, en el sentido de que esta enfermedad “no se habrá esfumado de ningún país, hasta que se haya esfumado de todos los países”.⁸⁹

La preocupación ante fenómenos como el ébola ha conducido, y seguirá conduciendo a un desarrollo de la cooperación internacional en estos temas, en tanto se entiende que es un problema de índole global que requiere también de respuestas globales.⁹⁰ Si bien es menester concientizar respecto de la gravedad del asunto, no menos cierto es que nunca es recomendable ceder frente al pánico

con ciertos matices, podría formularse en el caso de las recomendaciones temporales, conforme al contenido del artículo 17 del Reglamento Sanitario Internacional.

⁸⁸ Rüdiger Wolfrum, “Legitimacy of International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations” en Rüdiger Wolfrum y Volker Röben (eds.), *Legitimacy in International Law*, Heidelberg, Springer/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2008, p. 6.

⁸⁹ Véase el discurso pronunciado el 25 de enero de 2015 ante la 136a. Sesión Especial de la Junta Ejecutiva de la Organización Mundial de la Salud, disponible en: <<http://www.who.int/mediacentre/events/2015/eb136/speech-david-nabarro/en/#>>, [última consulta, 20 de septiembre de 2015].

⁹⁰ De ahí que las preocupaciones suscitadas por las enfermedades contagiosas contribuyen a que algunos cataloguen a la salud como un “bien público global”. Véase Lincoln C. Chen, Tim Evans y Richard A. Cash, “Health as a Global Public Good” en Inge Kaul y otros (eds.), *Global public goods: International Cooperation in the 21st century*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo/Oxford University Press, Estados Unidos, 1999, p. 284.

en la toma de decisiones,⁹¹ so riesgo de incurrir en una restricción excesiva de los derechos individuales.

Es factible suponer, sin ínfulas de clarividencia, que la reciente emergencia ocasionada por el brote de ébola no será la última vez en que las libertades individuales colisionen con el ámbito de la salud pública.⁹² De cara al escenario cada vez más complejo y abarrotado de la salud internacional, en el que la principal autoridad en temas de salud, la OMS, ha tenido y tendrá que interactuar con otros actores,⁹³ los instrumentos continuarán creciendo en número y también en complejidad.

A pesar de que no hay por el momento una solución conceptual definitiva, por lo menos el discutir la relevancia del problema contribuye a un entendimiento, desde la gobernanza global, de que la distinción vinculante/no vinculante, obligatorio/no obligatorio, no basta por sí misma para dar cuenta de cuáles son los actos que deben interesarnos en los estudios jurídicos. No vaya a ser que no nos demos cuenta de cuándo los efectos que constriñen o limitan a los Estados y a los individuos ingresaron “por la puerta de atrás”.

⁹¹ Drazen, Jeffrey M. y otros, “Ebola and Quarantine” en *The New England Journal of Medicine*, Vol. 371, No. 21, Massachusetts Medical Society, Estados Unidos, 20 de Noviembre de 2014, p. 2030.

⁹² Sarathi Kalra y otros, “The Emergence of Ebola as a Global Health Security Threat: From “Lessons Learned” to Coordinated Multilateral Containment Efforts”, *op. cit.*, p. 171.

⁹³ Se enfatiza la necesidad de una coordinación entre la OMS y otras instituciones como el Banco Mundial, o países como los que conforman el G7, en Bill Gates, *op. cit.*, p. 1384.

EL DERECHO COMERCIAL Y LA BÚSQUEDA DE UNA TEORÍA JURÍDICA GLOBAL

*A mi alma mater la
Universidad Nacional Autónoma de México*

ALFONSO JESÚS CASADOS BORDE¹

RESUMEN: La globalización es un fenómeno que afecta al análisis teórico y práctico del escenario jurídico social, ya que obliga a la reflexión sobre las formas en que dentro de un marco realista socioeconómico se concibe y se aplica el derecho. Pero, para alcanzar esta meta, es necesario obtener una fundamentación que explique la transnacionalización económica del comercio global y su influencia en la creación de normas de manera consuetudinaria, autónoma y periférica, que son adoptadas por el reconocimiento práctico y funcional de los órganos transnacionales, impactando así a la soberanía de las normas formales y centralizadas del Estado nación.

PALABRAS CLAVE: *Globalización, teoría general del derecho, familias jurídicas, transnacionalización del derecho lex mercatoria, contractualismo global, pluralismo jurídico.*

ABSTRACT: Globalization is a phenomenon that affects the theoretical and practical analysis of social legal stage, because it forces us to reflect on the ways in which within a realistic socioeconomic framework is conceived and the law applies. But, to achieve this goal, it is necessary to obtain a rationale to explain the economic transnationalization of global trade and its influence on the creation of standards customary, independent and peripheral, which are taken by the practical and functional recognition of transnational bodies, thus impacting on the sovereignty of the formal rules and centralized of the Nation-state.

KEY WORDS: *Globalization, general theory of law, legal family, transnationalisation of law, lex mercatoria (commercial law), global contractarianism, legal pluralism.*

¹ Profesor de Carrera de la UNAM. definitivo por oposición en el área de derecho mercantil, correo electrónico <alfonso.casados@gmail.com>.

SUMARIO: I. La pretensión de una teoría jurídica general; II. La *lex mercatoria* como código mercantil global.

I. LA PRETENSIÓN DE UNA TEORÍA JURÍDICA GENERAL

1. LA GLOBALIZACIÓN Y LA CONCEPCIÓN DE UNA TEORÍA JURÍDICA GLOBAL

Para algunos tratadistas como lo es Marcos Kaplan, el actual fenómeno de la globalización “se inicia con el origen mismo de la especie humana”;² sin embargo, manifiesta distinciones conceptuales por su cronología y materia entre términos que corren la posibilidad de confundirse como sinónimos. Expresa Kaplan que existe un universalismo filosófico y cultural,³ una mundialización de la historia⁴ y una transnacionalización,⁵ diferencian-

² Marcos Kaplan, *Estado y Globalización*, México, UNAM., Inst. Inv. Jur., 2008, p. 17.

³ *Cf.*, Marcos Kaplan, *Ibidem*. “Los avances del universalismo en el pensamiento filosófico y social, de la internacionalización en el pensamiento político, de los proyectos de integración del comercio internacional (regional, continental y mundial), los imperialismos y los colonialismos, las guerras mundiales, podrían ser vistos, entre otras perspectivas, como preliminares de un proceso más comprensivo y penetrante”.

⁴ *Ibid*, p. 283: “Con el progreso de la multinacionalización de actividades antes internas, el rápido crecimiento de lazos e interrelaciones complejas entre Estados, economías y sociedades, el refuerzo y entrelazamiento de redes de toma de decisiones dentro de marcos multinacionales, se puede hablar ya del ingreso en la globalización y, con ello, en la mundialización de la historia”.

⁵ *Ibid*, p. 284: “Con el acceso y el avance de la empresa transnacional (ETN) es a nivel mundial como tienden a constituirse y realizarse los procesos de acumulación e inversión; la concentración y la centralización empresariales; la distribución y escala de sectores, ramas y unidades de la producción; la competencia entre grandes corporaciones. La transnacionalización combina cada vez más los objetivos de maximización de los beneficios a largo plazo; la incorporación y uso de las nuevas tecnologías; el logro de capacidad competitiva a escala mundial (producción en serie, economías de escala, control de mercados, aprovechamiento de un comercio internacional en expansión); el acceso a las reservas de recursos

do la terminología y analizando las características e implicaciones de la empresa transnacional como factor de poder mundial.⁶

Es en este punto, en donde procede estudiar a las concepciones del fenómeno de la globalización que David Held presenta: La primera concepción, es la que considera la globalización como: “un proceso (o serie de procesos) que engloba una transformación en la organización espacial de las relaciones y transacciones sociales, evaluada en función de su alcance, intensidad, velocidad y repercusión, que genera flujos y redes transcontinental o interregionales de actividad, interacción y de ejercicio del poder”.⁷ Y la segunda concepción de este fenómeno, expresa que: “la globalización es un fenómeno multidimensional que involucra diversos dominios de actividad e interacción, incluyendo los dominios económicos, políticos, tecnológicos, militares, jurídicos, culturales y medioambientales. Cada una de estas esferas, involucra diferentes patrones de relaciones y actividades”.⁸ Para Gunther Teubner,⁹ estas concepciones son:

[...] el resultado es una multiplicidad de *global village* autónomas, que despliegan separadamente, en cuanto a ámbitos de función autónomos, una dinámica propia a escala mundial que no resulta controlable desde fuera. Por lo tanto, la globalización no significa sencillamente capitalismo global, sino la realización a escala mundial de la diferenciación funcional.¹⁰

primarios y mano de obra; en suma, producciones a bajo costo, venta a precios altos, amplios márgenes de lucratividad”.

⁶ *Ibidem*.

⁷ David Held, Anthony McGrew, David Goldblatt y Jonathan Perraton, *Transformaciones globales: política, economía y cultura*, México, Oxford University Press, 2002, p. XLIX.

⁸ David Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, London, Polity Press, 1995, p. 62.

⁹ Profesor de London Schools of Economic and Polititics.

¹⁰ Gunther Teubner, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 14.

La globalización se diferencia de la internacionalización porque esta última se concibe como una cooperación entre Estados soberanos, en tanto que la globalización, erosiona la soberanía mediante un proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política, interrelacionando pueblos e individuos.

Siguiendo esta línea de reflexión Teubner indica que a la globalización no procede analizarla en el marco conceptual de Immanuel Wallerstein, que ve a la formación de la sociedad global esencialmente como un concepto económico,¹¹ porque hay que tomar en cuenta los procesos de globalización autónomos que marchan paralelos a la globalización económica.¹²

La consecuencia de esta etapa de la humanidad en el medio jurídico ha sido la reflexión sobre la búsqueda de una teoría global del derecho aplicable a las diferentes tradiciones, culturas y órdenes jurídicos que por efecto de la globalización se han constituido en un pluralismo legal. Esta configuración jurídica de normas diversas puede considerarse la simiente de un estudio jurídico global.

En este pluralismo concurren una serie de hechos sociológicos que se presentan como irrelevantes para los juristas positivistas propios del derecho Estado-nación, porque éstos estudiosos consideran a la creación jurídica judicial como fuente costumbrista casi única, y la equiparan al derecho consuetudinario. Sin embargo, en la consideración realista socioeconómica, no se considera así; en este punto de observación el derecho consuetudinario privado los hechos sociológicos y económicos son importantes, porque en ellos se desarrollan los usos que se continúan manifestando en los sectores

¹¹ Immanuel Wallerstein, *Sistemas Mundo*, México, Siglo XXI, 2006, p. 40. Nota sobre la obra: La economía-mundo se presenta en una gran zona geográfica que en ella existe una división del trabajo que no está limitada por una estructura política unitaria.

¹² Gunther Teubner, *Regímenes Globales Privados: ¿Derecho Neoespontáneo y Constitución Dual de Sectores Autónomos*, col. 'Estado Soberanía y Globalización', Bogotá, edit. U. de los Andes y Siglo del Hombre, 2010, p. 65.

privados, como el comercial, el financiero y el bursátil, y que toman fuerza de reconocimiento jurídico indeterminado en la simple mención de “usos y costumbres”, que sin embargo son aplicables en las situaciones no previstas por la ley positiva, creando así un derecho periférico que también debe de considerarse en la propuesta de la teoría global del derecho.

Lo cierto es que se está constituyendo un nuevo orden institucional con una nueva autoridad normativa y una nueva normatividad proveniente del mundo de poder privado que aun así se ubica en la esfera pública, nacional e internacionalmente.¹³ Los poderes hegemónicos resultantes de economía capitalista posterior a la segunda guerra mundial desarrollaron políticas de liberalidad económica que fortalecieron, mediante normas autónomas aplicables para aspectos económicos, prácticas de las empresas transnacionales, como la creación de organismos internacionales financieros como el Grupo del Banco Mundial (The World Bank Group), el Fondo Monetario Internacional (International Monetary Fund), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD), que impulsaron la autonomía de los Bancos Centrales de los países como exigencia de obtenciones crediticias y apoyos financieros, y así: “establecer políticas monetarias que son necesarias para impulsar el desarrollo de un mercado global de capitales, y más en general, un sistema económico global”.¹⁴

Los organismos autónomos del poder central del Estado-nación, junto con las empresas transnacionales han creado una nueva normatividad comercial y financiera espontánea y periférica, que se fundamenta, tanto en “usos comerciales”, como en “medidas regulatorias”, que se ha venido a imponer como normatividad transna-

¹³ Saskia Sassen, *Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas*, col. ‘Estado Soberanía y Globalización’, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre, 2010, p. 103.

¹⁴ *Ibidem*, p. 115.

cional globalizadora, necesaria para accionar transacciones, créditos e inversiones, la cual, ha tomado tal relieve que se ha propuesto un constitucionalismo global sin Estado.¹⁵

A. DISTINCIÓN ENTRE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y TEORÍA GLOBAL DEL DERECHO

Para estudiar una teoría jurídica global es necesario acotar el objeto del estudio y distinguir la teoría jurídica global de la teoría jurídica general. Distinguir entre teoría general del derecho y teoría global del derecho es un ejercicio metodológico básico que William Twining¹⁶ realiza como en sus trabajos de estudios jurídicos.¹⁷ Para este tratadista, el concepto de teoría jurídica general es más amplio y flexible que el de teoría jurídica global,¹⁸ porque la teoría general implica estudios de varias tradiciones, culturas y ordenes jurídicos, o como lo explican sus comentaristas: “observar el derecho en y más allá del mundo entero”.¹⁹

Siguiendo la metodología ya mencionada, para Twining, el término de “filosofía del derecho” resulta restrictivo, porque solamente se refiere al aspecto teórico del derecho, que él denomina “alta teoría” o “high theory”;²⁰ y por tal, prefiere utilizar los términos de

¹⁵ Gunther Teubner, *Globalización y Constitucionalismo Social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado*, colab. Anuario de la Facultad de Derecho num. 9, trad. Manuel Cancio Melia, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2005, p. 203.

¹⁶ Profesor emérito de jurisprudencia de University College, London.

¹⁷ William Twining, *Globalisation and legal theory*, London, Butterworths, 2000, p. 12.

¹⁸ William Twining, *Derecho y Globalización*, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre, 2003, p. 124.

¹⁹ Oscar Guardiola-Rivera, Clara Sandoval Villalba, *Un caballero inglés en la Corte del Gran Khan*, estudio preliminar, William Twining, *Derecho y Globalización*, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre, 2003, p. 84.

²⁰ *Ibidem*, p. 53.

“jurisprudencia” (*jurisprudence*) y teoría legal (*legal theory*) para referirse a explicar y ayudar a entender dicha disciplina filosófica.²¹

La globalización ha impactado la relación del orden jurídico nacional con el orden jurídico global, pero, para determinar un estudio de la relación jurídica elemental entre los diversos órdenes jurídicos, es necesario revisar y encontrar una teoría general del derecho que ayude a entender los principios generales del derecho aplicables a un derecho global por encima de las diferentes tradiciones y culturas jurídicas aplicables en una nación o región determinada.²²

No debe de olvidarse que, en su momento, Jeremy Bentham, realizó estudios de derecho comparado, para buscar una teoría general del derecho. Algunos atribuyen a Bentham ser el cimentador del positivismo analítico británico,²³ debido a que en su búsqueda por una teoría universal y general del derecho, expuso una crítica al sistema jurídico anglosajón del *common law*, proponiendo entonces una reforma al mismo, basada en la codificación normativa;²⁴ tesis en que, aunada a la tradición del derecho romano germánico, se fundaron los juristas franceses que consideraron e influyeron en el establecimiento de las cinco codificaciones napoleónicas.

La postura de Bentham dentro de las reformas jurídicas que propuso al mundo europeo de su tiempo, tenía como objeto alcanzar el bienestar social y el eudemonismo, mediante un enfoque y aplicación de la maximización utilitarista de la ley.

Conforme a su teoría, habría que distinguir entre “el derecho que es” y “el derecho que debe ser”; en esta distinción, encuentra

²¹ William Twining, *General Jurisprudence Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 9.

²² *Ibidem*, pp. 18-21.

²³ Rolando Tamayo y Salmorán, *Juris Prudentia: More Geométrico, Dogmática, teoría y metateoría jurídicas*, México, Fontamara, 2013, p. 89.

²⁴ Mary Peter Mack, colab. David L. Sills, *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, t. I, Madrid, Aguilar, 1979, p. 745.

que, en “el derecho que debe ser” (*censorial law*), se encuentran los principios de la teoría general del derecho, fundada en los postulados de la teoría utilitarista. Por otra parte, “el derecho que es” (*expository law*), contiene la teoría particular del derecho, referida a un orden jurídico en particular, o a un grupo de países con raíces legales comunes.

Los estudios de Bentham recuperaron actualidad en la teoría jurídica británica con el análisis del realismo jurídico norteamericano, debido a que el estudio de la teoría general del derecho se basó en análisis de derecho comparado que el mismo Bentham realizó en sus viajes por Europa, tanto en Francia, como en Alemania, Italia y Rusia, donde vivió años.

La teoría particular del derecho de Bentham se perfila como una visión realista de estudios jurídico-sociales de un orden jurídico; en tanto, que la teoría general del derecho busca transformar la sociedad por medio de la aplicación de un sistema de derecho en varios órdenes nacionales o regionales. De esa consideración de la teoría particular del derecho basada en estudios jurídico-sociales de un orden jurídico, Twining busca una teoría legal global; en tanto que de la aplicación de un sistema del derecho comparado, el mismo Twining pretende que se puede llegar a conformar una teoría general del derecho.

William Twining, en sus estudios, buscando una teoría jurídica general, le da a la globalización un carácter continuado desde dos siglos atrás y apunta que este proceso tiene implicaciones importantes en el mundo del derecho,²⁵ porque da a lugar al renacimiento de la discusión sobre la teoría general jurídica. Insiste en que la globalización no es un fenómeno nuevo, ni lo son las relaciones jurídicas transnacionales,²⁶ el comercio, la diplomacia y el intercambio, han sido transnacionales por siglos y han desarrollado formas útiles de

²⁵ William Twining, *Derecho y Globalización*, p. 120.

²⁶ Con anterioridad se explicó el sentido de la transnacionalización, que extiende una concepción jurídica hacia uno o varios sistemas jurídicos, pero que no observa toda la variedad de tradiciones, culturas y ordenes jurídicos, así como

comunicación por lo que es importante recurrir a la teoría jurídica analítica de Bentham, para estudiar ese lenguaje de ese discurso jurídico; en este sentido, reitera que la globalización hace inentendible la legislación local y presenta la necesidad de replantear la naturaleza de toda la teoría jurídica general,²⁷ ya que una teoría global del derecho parte de una concepción jurídica transnacional basada en una tendencia de una política económica que se nutre de dos tradiciones jurídicas (romano germánica y anglosajona), que resultan concepciones parroquiales al intentar presentarse como una teoría general e ignorar otras tradiciones y sistemas jurídicos.²⁸

2. LA TEORÍA JURÍDICA GENERAL Y LA GLOBALIZACIÓN

William Twining, en su trabajo se interesa de manera expresa por la globalización y sus efectos en la teoría jurídica. Explica que la globalización ha impactado a la teoría jurídica tradicional, y ha venido a presentar tres desafíos que si son superados, hay posibilidad de lograr que el derecho se convierta en una disciplina de mayor visión cosmopolita, y alcanzar la idea de una teoría jurídica general, en los términos expuestos por Bentham:

- a) El primer desafío, es superar el tratamiento que se da a los Estados-nación, las sociedades, los sistemas jurídicos y los ordenamientos jurídicos, como si fueran entidades cerradas que se puedan estudiar aisladamente, como si fueran “cajas negras”;
- b) El siguiente desafío, es superar la idea de que el estudio del Derecho o de la teoría jurídica, se puede restringirse a dos tipos de ordenamientos jurídicos: el derecho estatal y el derecho internacional público, entendiéndose este, como relaciones entre Estados-nación; y

hechos sociológicos; en otras palabras, no obtiene una concepción jurídica general, sino que extiende una concepción parcial.

²⁷ William Twining, *Derecho y Globalización*, pp. 68 y 69.

²⁸ William Twining, *General Jurisprudence Understanding Law from a Global Perspective*, pp. 18-21.

c) El último desafío, es superar la insuficiencia y validez del marco y el vocabulario conceptual del discurso jurídico para discutir y explicar fenómenos jurídicos que atraviesan las jurisdicciones, las tradiciones y las culturas.

Para lograr lo anterior, y elaborar un derecho verdaderamente cosmopolita, es necesario recuperar el concepto de la teoría jurídica general, en los términos planteados por Bentham, ya que así, en esta concepción se tienen planteamientos más amplios y flexibles que los que contiene la teoría jurídica global.

Esta teoría global, solamente observa una perspectiva que se manifiesta en una concepción normativa extensiva de uno o dos sistemas jurídicos; en tanto que el concepto de teoría general se refiere al estudio y análisis de dos o más jurisdicciones u ordenamientos jurídicos, y en estas consideraciones en la teoría general, se incluyen estudios que parten desde un nivel micro-comparativo hasta el punto de mayor universalidad jurídica.

Esta concepción de la teoría jurídica general tiene origen en una concepción propia del siglo XIX derivada del análisis de juristas de la tradición jurídica del *common law*, fundamentalmente derivada de los estudios de Bentham y las concepciones jurídico-analíticas de Austin, en las cuales se distinguía entre la teoría jurídica particular y la teoría jurídica general; la primera se enfocaba a un solo sistema legislativo y la segunda a dos o más sistemas, de tal manera que entonces se conceptuó a la teoría jurídica universal como algo más cercano a que hoy se denominaría teoría jurídica global.

La concepción anglosajona de la teoría jurídica general del siglo XX, mantiene coincidencia con el concepto que de la misma se sostuvo en el siglo XIX, sin embargo, hay diferencias en tres aspectos:

I. La teoría jurídica general del siglo XX se plantea en la problemática de la generalización de los fenómenos jurídicos, la del siglo XIX, no;

II. La teoría jurídica general del siglo XX se ocupa de todos los niveles del Derecho y no solo del derecho estatal y del internacional público, como lo hacía la teoría del siglo XIX;

III. La teoría jurídica general del siglo XX estudia los fenómenos del pluralismo normativo y jurídico como temas básicos para la teoría jurídica general.

Tomando en cuenta el antecedente anterior, en la tradición jurídica anglosajona, se considera que es en el final del siglo XX, en donde se presentan dos posturas que se enfrentan en su concepción sobre la teoría jurídica general:

1) La teoría jurídica particularista, que tiene un sentido parroquial, según Twining,²⁹ acentúa la diferencia entre la concepción teórica del siglo XIX y la del siglo XX, argumentando que la teoría jurídica debe priorizar en su concepción local en el carácter único e irrepetible de la historia, la cultura y la identidad, incluyendo el relativismo cultural y ético; y

2) Por otra parte, se presenta la tendencia en la teoría jurídica que considera que hay una consciencia cada vez mayor de la globalización, que implica el reconocimiento del cambio en la significación de las fronteras nacionales y en la necesidad en que se encuentran, tanto el derecho académico, como la teoría jurídica de tomar en cuenta los niveles múltiples de ordenamiento social y jurídico.³⁰

Ambas posturas se antojan insuficientes para alcanzar las metas de universalidad jurídica que pretende la teoría jurídica general, pues, la búsqueda de esta teoría jurídica requiere de un sentido amplio que incluya una panorámica jurídica extensa a los diferentes sistemas, tradiciones y ordenamientos.

Para continuar en busca de la teoría jurídica general, William Twining explica que se debe acudir al apoyo que presta la teoría jurídica analítica y así determinar los conceptos jurídicos funda-

²⁹ William Twining, *Globalisation and legal theory*, p. 56.

³⁰ William Twining, *Derecho y Globalización*, p. 128.

mentales y universales, que se deban de integrar como parte de una teoría jurídica general y así alcanzar esquemas conceptuales derivados de vocablos especializados más allá de la globalización; esto es, porque en el comercio, la diplomacia y el intercambio, por siglos se han desarrollado formas especiales de gran utilidad en la comunicación global.

Twining también se apoya en la teoría jurídica normativa que estudia las relaciones entre el derecho, la política y la moral, y mediante la misma, teoría, presenta tendencias universalistas de la cultura occidental sobre los valores jurídicos consideradas en el ius-naturalismo, el kantismo y el liberalismo democrático; valores que conecta con la economía de mercado libre y con la democracia, los derechos humanos y el buen gobierno; concluyendo que mediante estas vinculaciones teóricas, es posible alcanzar una teoría jurídica que se pueda considerar intercultural.

Para que una teoría jurídica pueda ser considerada como transnacional y transcultural, deberá tratar el estudio de los valores universales mediante la cuestión de la generalización del razonamiento jurídico (argumentación jurídica), respecto de otros contextos jurídicos, acerca de hechos, políticas, creación de leyes, negociación, etcétera. Para buscar la transnacionalización y transculturización es necesario provocar el renacimiento de la teoría jurídica general.³¹

En la busca de una teoría jurídica general, William Twining estudia las familias jurídicas expresadas en el derecho comparado, y con base en ello, clasifica a las familias ya los sistemas legales. Y es mediante esta clasificación que retoma una investigación realizada en su juventud sobre el Derecho común comparado³² y, en este sentido, se adhiere a las tesis que desarrollaron tratadistas como René David,³³

³¹ *Ibidem.* p. 159.

³² William Twining, *Cartografiar el Derecho, Derecho y Globalización*, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre, 2003, p. 182.

³³ René David, *Grand Systèmes de Droit Contemporains*, París, Daloz, 1978, y David R. y Jauffret-Spinozi, C., *op. cit.*, p. 13.

Arminjon, Nolde y Wolf,³⁴ en las que concluían que la clasificación de los sistemas legales debería hacerse en “familias”.

En este punto, se retoma el estudio de los sistemas jurídicos contemporáneos realizado por René David y la actualización del mismo, que desde el 2002 ha mantenido Camille Jarffret-Spinosi, que expone el análisis comparativo de los sistemas clasificándolos en familias y sistemas:

1. Familia romano-germánica;
2. Familia *common law*;
3. Familia del antiguo derecho socialista y el sistema jurídico ruso;
4. Sistemas de derecho islámico, indú y judío;
5. Sistemas de derecho del lejano oriente en China y Japón; y
6. Sistemas de derecho de África negra y Madagascar.³⁵

En similar tarea es el trabajo de Zweigert y Kötz³⁶ que identifican cinco elementos característicos de una familia:

- 1) Su antecedente histórico y desarrollo;
- 2) El modo característico predominante de su pensamiento acerca de familias jurídicas;
- 3) Las instituciones legales especialmente distintivas;
- 4) Las clases de fuentes legales que conoce y la manera como las maneja;
- 5) La ideología.

En este marco de estudios de identificación de las familias, cabe mencionar que los referidos Zweigert y Kötz concluyen en un agrupamiento de los grandes sistemas legales del mundo, a los que clasifican en siete partes:

³⁴ Pierre Arminjon, Boris Nolde y Martin Wolf, *Traité de Droit Comparé*, tomos I, II y III. París, Librairie Generale de Droit el de Jurisprudence, 1950-1951.

³⁵ *Ibidem.* pp. 12-20.

³⁶ K. Zweigert y H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, London, Oxford University Press, 1997, pp. 69-75.

- 1) Familia romanística;
- 2) Familia germánica;
- 3) Familia nórdica (escandinava);
- 4) Familia de derecho común (*common law*);
- 5) Familia socialista (hoy postsocialista);
- 6) Sistemas del lejano oriente (Japón, Corea, China Singapur y Malasia);
- 7) Sistemas islámicos;
- 8) Derecho hindú.

En el estudio de la metodología del derecho comparado destaca la observación del jurista mexicano Fix-Zamudio, que expone la aportación de John Henry Merryman³⁷ al estudio del mismo derecho comparado al distinguir conceptos entre tradición jurídica y sistemas jurídicos, ya que considera que la tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura, y señala que el sistema jurídico se determina dentro de un ámbito cultural, que se configura en una verdadera tradición jurídica.

Twining se aplica en busca de la nueva teoría jurídica, y toma como apoyo a la obra de Boaventura de Sousa Santos³⁸ para explicar una teoría jurídica sobre la globalización que resulta interesante. Para Santos, la teoría jurídica de la modernidad se asocia al positivismo jurídico, el legalismo liberal y la igualación de la “ciencia jurídica” con la dogmática jurídica, y el problema es que la modernidad está en crisis y es remplazada por un paradigma posmoderno que supere las condiciones sociales creadas por la modernidad y el capitalismo.

Para introducirse en esta teoría, Twining considera que se debe de partir desde una postura que Susan Haack³⁹ denomina “realista

³⁷ John Henry Merryman, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

³⁸ Boaventura de Sousa Santos, *Towards a New Common Sense: Science and Politics in Paradigmatic Transition*, London, Routledge, 1995, chapter 7.

³⁹ Susan Haack, *Manifesto of Passionate Moderate (Manifiesto de una moderada apasionada)*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.

inocente”, la cual, Twining reformula con las premisas básicas que se exponen a continuación: la existencia de un mundo real; que este mundo es ampliamente independiente de nuestro conocimiento del mismo; que se acepta que hay muchas descripciones diferentes de la realidad y todas deben de ser compatibles para alcanzar una concepción verdadera; o sea, que conforme al realismo inocente se puede aceptar un relativismo conceptual en las expresiones, sujetas a la conceptualización e interpretación; y que las afirmaciones o conclusiones que se logren pueden tener sentido, pero su valor de verdad es desconocido.⁴⁰

Entonces, es claro que existe un pluralismo, y que en el mundo del Derecho, será un pluralismo jurídico.⁴¹ Desde una perspectiva realista (o el realismo inocente), el pluralismo jurídico es un concepto y un fenómeno consistente en la coexistencia de múltiples ordenamientos legales y múltiples tradiciones o cuerpos de reglas conceptualizados como hechos sociales dentro de un solo sistema jurídico.⁴²

Debido a los efectos de la globalización, al estudiar los diferentes sistemas jurídicos, los juristas se han tomado consciencia de la condición multicultural y pluralista de las sociedades y se ha reconocido que éstas en la actualidad, tienen que adecuarse globalmente para reconocer y reforzar las diversas normas compatibles en las religiones, culturas o tradiciones. Así se conforma el pluralismo jurídico de Estado que es reconocido mundialmente,⁴³ aclarando que esta acepción es regularmente más asociada con un derecho consuetudinario o “no estatal”, que con el derecho positivo.

El pluralismo jurídico, de acuerdo con Santos, se ha desarrollado en la cotidianidad como experiencia e incluye el concepto de inter-legalidad, porque la humanidad actualmente experimenta un

⁴⁰ William Twining, *Globalisation and legal theory*, pág. 206.

⁴¹ *Ibidem*, p. 205.

⁴² *Ibidem*, p. 224.

⁴³ John Griffiths, “What is Legal Pluralism?”, London, *Journal of Legal Pluralism*, Núm. 24, I, Routhledge, 1986, pp. 1-55.

pluralismo normativo que le obligará a desarrollar una nueva teoría jurídica general que replantee el derecho desde una perspectiva global, para lo cual se identifican siete tipos de transnacionalización legal:

- 1) Transnacionalización del derecho del Estado, armonizando, ajustando y unificando las ramas del derecho a lo condicionado y señalado por el Banco Mundial (*The World Bank Group*) y el Fondo Monetario Internacional (FMI);
- 2) Desarrollo de regímenes jurídicos de integración regional, como la Unión Europea;
- 3) Regulación comercial transnacional, como lo es la *lex mercatoria*;
- 4) Leyes de personas en constante peregrinación (*Law of People on the Move*), refiriéndose a los migrantes, refugiados desplazados;
- 5) Derecho de los pueblos indígenas derivados del reconocimiento de antiguos agravios y nuevas solidaridades;
- 6) Temas cosmopolitas y derechos humanos; y
- 7) Herencia común de la humanidad, como la Ley del Mar, el Tratado de la Luna y el patrimonio cultural de la humanidad (*Ius humanitatis*).⁴⁴

Para Santos, resulta claro que los primeros tres tipos están ligados al capitalismo global o neoliberalismo y que los cuatro últimos lo están a las legalidades cosmopolitas, anti-hegemónicas y utópicas, por lo que son puntos de atención al respecto.

Es por eso, que, tanto, Santos, como Twining, utilizan el “mapeo jurídico” como método de determinación de la pluralidad de la teoría global del Derecho.

⁴⁴ William Twining, *Globalisation and legal theory*, pp. 239-241. William Twining, *Derecho y Globalización*, pp. 283-285.

II. LA LEX MERCATORIA COMO CÓDIGO MERCANTIL GLOBAL

1. EL DERECHO CONTRACTUAL GLOBAL

Concluye Twining en que la globalización de los sistemas social, económico y jurídico ha interrelacionado a los humanos en un sentido realista y funcional, por lo cual se han desarrollado nuevas y diversas formas de manifestar una nueva modalidad del ejercicio del sistema jurídico. En este sentido, es de observarse que el derecho contractual comercial tiene una actuación global muy relevante, misma que marca la pauta de las nuevas relaciones jurídicas que interactúan con los las estructuras legales de los Estados nacionales, provocando incluso conflictos de soberanía y flexibilizaciones normativas.

Este derecho contractual global se ha venido a incrustar en el derecho internacional dentro de los Principios UNIDROIT del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado apoyado por la Comisión de las Naciones Unida para el Derecho Mercantil Internacional, que esencialmente no son más que los principios generales del derecho de los contratos.⁴⁵ También se puede mencionar a los Principios Trans-Lex dictados en el año 2009 por el Centro de Derecho Transnacional (CENTRAL) de la Universidad de Colonia, Alemania⁴⁶ como una plataforma de búsqueda y codificación en línea que contienen ciento veintiocho (128) reglas y principios de la Nueva Lex Mercatoria (NLM). En el mismo sentido y aún más, se manifiesta la resolución numero A/C.6/60/L.7 de la Convención de la Sexta Comisión de la Organización de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea

⁴⁵ Pedro Alfonso, Labariega Villanueva, *Los Principios UNIDROIT: un código internacional de los contratos mercantiles*, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/25/dtr/dtr2.pdf>>, [última consulta, 9 de septiembre de 2015].

⁴⁶ Disponible en: <<http://www.trans-lex.org/principles/pdf/>>, [última consulta, 9 de septiembre de 2015].

General el 9 de noviembre del año de 2005, para el uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.⁴⁷

Así, las empresas que se expanden en la globalización, convergen y promueven la aplicación de nuevas instituciones jurídicas para su ejercicio comercial. De esta manera, la globalización ha desarrollado, en base a aspectos comerciales, alianzas internacionales, mercados comunes y organizaciones comerciales variadas; y también ha desarrollado, desde la remota antigüedad, normas internacionales en materia mercantil, como lo ha sido y es, la *Lex Mercatoria*; la cual, actualmente se ha retomado como modelo de referencia de los principios generales del Derecho Comercial; además, de que se han promovido principios generales de derecho privado para la unificación internacional legislativa de las instituciones y figuras del derecho mercantil.⁴⁸

Todo este contexto en que la globalización comercial se desenvuelve contiene una consideración jurídica sobre la que hay que tomar nota. Hay otro aspecto de la sistemática jurídica de la globalización de la posmodernidad postindustrial que está muy vinculado a las actividades comerciales de ésta nueva era de desarrollo tecnológico: La comercialización se desenvuelve mediante la electrónica informática; y es el comercio electrónico por medio del cual se está desarrollando ampliamente la actividad mercantil moderna, lo cual, obliga a determinar las vinculaciones del sistema jurídico revitalizado denominado *Lex Mercatoria* con el otro sistema jurídico postindustrial globalizado denominado *Lex Informática*.

Por esa razón se tienen que estudiar y determinar las consecuencias jurídicas del uso y tráfico de las redes del ciberespacio, o

⁴⁷ Faye Fangfei Wang, *Law of electronic commercial transactions*, Oxon, RN, Routledge, 2a. ed. 2014, pp. 309-319. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NO5/578/61/PDF/NO557861.pdf?OpenElement>>, [última consulta, 10 de julio de 2015].

⁴⁸ Wyndham Beawes, *Lex Mercatoria: A complete Code of Commerce*, London, London, F.C. and J. Rivington, 1813, pp. 1-3.

sea, del *internet*; de tal manera que se está dando lugar a una nueva concepción de la regulación jurídica que algunos llaman el *ius retis*: el Derecho de las redes del ciberespacio o *Lex Informática*, que tiene una importancia similar a la de la *Lex Mercatoria*.⁴⁹

Entre los tratadistas se debate afirmando y otros negando que la antigua *Lex Mercatoria* consistiera en un verdadero sistema⁵⁰ jurídico; mas, por lo que toca a la actual concepción, es un conjunto de normas, principios, reglas que están autorganizándose,⁵¹ por lo que se considera un verdadero sistema jurídico abierto. Entre los que reconocen su carácter jurídico se han escindido en dos tesis: La tesis positivista, que considera que la *Lex Mercatoria* tiene un origen internacional y solo existe en función de que algunos Estados la reconocen y ratifican su validez en función de tratados e instrumentos internacionales; y la otra tesis, que es la autonomista, que concibe a esta *Lex* como un sistema auto generador de reglas destinadas creadas en actuaciones comerciales no gubernamentales por y para la comunidad internacional de comerciantes.⁵² Entre los autonomistas se encuentran tratadistas como Klaus Peter Berger, que en su obra *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*,⁵³ siguiendo la tradición de la obra de Beawes, Wyndham, en su libro clásico *Lex Mercatoria: A complete Code of Commerce*, editado en 1813, considera a la *Lex Mercatoria* como un derecho transna-

⁴⁹ Ernesto Grün, *Una visión sistemática y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, Buenos Aires, Arg. Lexis Nexis, 2006, p.116.

⁵⁰ Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, edit. Espasa Calpe, t II, p. 1888.

⁵¹ E. Grün, *op. cit.*, p.114.

⁵² Sara Feldstein de Cárdenas, *Contratos internacionales*, 3^a. parte: “Lex mercatoria”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 205-207.

⁵³ Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Frederick, MD, Wolters Kluwer, 2010, p. 410.

cional⁵⁴ que implica un desprendimiento o falta de referencia a un derecho nacional.⁵⁵

Para estos estudiosos, la *Lex Mercatoria* incluye principios generales de Derecho relacionados con el comercio internacional, que si bien se vinculan a los principios generales de la filosofía del derecho, estos principios son propios de la *Lex* en mención y difieren de los principios generales, por tener un mayor contenido de carácter subjetivo mercantil (ya que es un derecho especial para comerciantes).

Se destacan dentro de los mismos principios, los siguientes: *pacta sunt servanda*, *actor incubit probatio, ut res magis valeant quam pereat*, *exceptio non adimpleti contractus*, buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, necesaria limitación de daños, prohibición de enriquecimiento injusto, reconocimiento de causas de fuerza mayor, etcétera.⁵⁶ En una ratificación de los principios mencionados se presentan los Principios Trans-Lex de la Universidad de Colonia, Alemania⁵⁷ con sus ciento veintiocho (128) reglas y principios que fortalecen la Nueva *Lex Mercatoria* (NLM).

Es imposible tratar este tema de los principios comunes del derecho privado, sin tomador en consideración que desde 1971 el grupo de profesores de derecho comparado, encabezados por René David, Clive M. Schmitthoff y Tudor Popescu, crearon el Instituto Inter-

⁵⁴ La transnacionalidad es la noción que define y engloba lo que excede el marco de una nación. Esta noción está fundamentalmente ligada al fenómeno de la mundialización. En tanto, lo internacional es referente a dos o más naciones.

⁵⁵ Klaus Peter Berger, *Transnacional Commercial Law in the Age of Globalization*, Saggi, Roma, Conferenze e Seminari 42. Reproduced with permission of Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2001, p. 17, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/berger1.html> 9 X2011>, [última consulta, 9 de septiembre de 2015].

⁵⁶ Jorge Alberto Silva Silva, *Resurgimiento de la Lex Mercatoria: La regulación de las relaciones comerciales internacionales*, colaboración para *Estudios sobre 'Lex Mercatoria. Una realidad internacional'*, México, edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM., 2006, p. 258.

⁵⁷ Disponible en: <<http://www.trans-lex.org/principles/pdf/>>, [última consulta, 9 de septiembre de 2015].

nacional Para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y desarrollaron, el *restatement* internacional del marco referencia de los principios generales del derecho de los contratos, partiendo de la simbiosis de todas las tradiciones y sistemas jurídicos tales como el romano germánico, el *common law* y el postsocialista, para así establecer un cuerpo de reglas funcionales en todo el mundo, independientemente de la tradición o sistema jurídico en sean originadas y vigentes.⁵⁸

En el Preámbulo del Documento Constitutivo del Instituto Internacional Para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) donde se explica el propósito de los principios que se exponen, se menciona el siguiente concepto: “Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales de derecho, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes.”⁵⁹

De hecho, los principios UNIDROIT se han convertido en el derecho de los contratos referente de toda la contratación internacional y siempre son referidos en las disputas arbitrales comerciales, tanto internacionales, como locales.

Reconsideraciones jurídicas, respecto de sus características y peculiaridades especiales por ser un conjunto de reglas de formación consuetudinaria, con influencia de la práctica comercial marítima griega,⁶⁰ reconocidas contractualmente por los comerciantes implicados en transacciones y disputas sobre las mismas operaciones mercantiles.

⁵⁸ René David y Camille Jauffret-Spinozi, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, trad. Jorge Sánchez Cordero, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010, p. XIV.

⁵⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, Roma, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y la UNAM, 2007, p. 1.

⁶⁰ Friedrich K. Juenger, *The Lex Mercatoria and private international law*, Oxford, Oxford Journals, ‘Uniform Law Review’, issue 1 2000, p. 172.

Para algunos tratadistas, como Rene David, la *Lex Mercatoria*, se allá de las leyes de carácter nacional, o del derecho internacional público, porque no es el resultado de una convención gubernamental de carácter internacional, sino que consiste en una auténtica normatividad privada multilateral, a la que se adhirieron gremios comerciales y mercaderes en lo individual. Sin embargo, por lo que toca a la *Nueva Lex Mercatoria*, dada su evolución, si se le puede considerar como un conjunto de reglas transnacionales de derecho internacional privado, por estar integrada al cuerpo dispositivo de la Organización de las Naciones Unidas; lo cual, otorga un sentido positivista a esta disposición.⁶¹

2. TEORÍA JURÍDICA DE LA GLOBALIZACIÓN MERCANTIL

La globalización ha provocado una inercia económica que ha impactado en las instituciones del derecho privado comercial enfocándolo como norma transnacional derivada de las aplicaciones contractuales. De esta manera, la globalización se recicla autopóiticamente mediante el carácter esencial de la relación jurídica mercantil: El contrato

La contratación internacional, por parte de sujetos comerciales, consistentes, tanto las empresas gubernamentales, las empresas sociales, y las privadas, ha logrado configurar una auténtica normatividad globalizada que se ha venido a plasmar en los dos cuerpos normativos básicos del derecho comercial transnacional que son: los principios UNIDROIT y la *Lex Mercatoria*.

Las operaciones comerciales se han incrementado en el plano transnacional, contemplando como derecho de fondo de las mismas a diferentes normas jurídicas vigentes en distintas naciones; y también, dichas operaciones toman fundamento en las disposiciones del derecho comercial transnacional antes mencionadas; pero además,

⁶¹ Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Frederick, MD, Wolters Kluwer, 2a. 2010. pp. 1-14.

cabe señalar que de manera continua se utilizan los usos comerciales, bancarios y bursátiles, de manera autónoma conforme a la voluntad de las partes.

La globalización del derecho mercantil configurado dos rasgos característicos propios de esta rama jurídica: la subjetivización de la misma por ser una normatividad especial para sujetos comerciales, y que dada la necesidad de que esta rama jurídica se adaptara a la realidad socioeconómica, las normas deben tomar una posición congruente al realismo ya mencionado y tomar un carácter excepcional a algunas normas e instituciones del derecho civil, distinguiéndose en grado, mas no en esencia de esta otra rama del derecho privado y por consecuencia, deslindando su autonomía en sus reglas de aplicación.

Los sujetos del derecho mercantil globalizado son los identificados como comerciantes ubicados en las ramas básicas del derecho: El derecho público, el privado y el social.

Esta normatividad comercial a que ha dado lugar la globalización económica no ha desarrollado de manera sistemática una correspondencia ajustable a la doctrina positivista formalista, debido a que las mismas circunstancias de ajuste práctico a la realidad socioeconómica que se ha presentado entre esta corriente jurídica autónoma y espontánea, toma distinción con el derecho internacional, que se desarrolla con reglas especiales de convenios de cooperación y de sanciones de coercibilidad laxa, que requieren de otras fórmulas normativas para acoplar su dinámica, en este caso la comercial a un sistema jurídico que le sea práctico y satisfactorio a sus fines.

En el derecho internacional positivo de la globalización, los Estados nacionales dan lugar a la creación de normas jurídicas mediante convenios, acuerdos y tratados internacionales comerciales, mismos que en su normatividad siguen las características y consideraciones especiales que impone el realismo socioeconómico en las normas especiales para comerciantes excepcionales al excesivo formalismo del derecho civil; o según el caso, se reconocen normas jurídicas emitidas por un

ente internacional al que los Estados se encuentran adheridos en alianza, liga, o unión de carácter comercial.

En estos puntos de estudio sobre la pluralidad jurídica y la transnacionalización legal globalizada, es claro que una de las transnacionalizaciones legales es de carácter comercial que parte del convenio comercial consuetudinario. Este derecho mercantil consensual es una de las características originales de este derecho que se expresa en la *lex mercatoria*, que está basada en aspectos de realismo socioeconómico. Así que, como lo explican Twining y Boaventura de Sousa Santos, sí existe una teoría aplicable a la globalización mercantil, que resulta ser el realismo jurídico socioeconómico, teoría que, participa de manera incluyente en la generación de la nueva teoría general jurídica de la globalización.

En este sentido, el derecho mercantil de la globalización parte de un derecho consuetudinario que se presenta en la periferia del sistema legal y “surge de procesos a largo plazo de comunicación difusa y de la integración recursiva, que constituye un tipo dominante de creación de normas jurídicas, particularmente en las sociedades tradicionales”.⁶²

La globalización económica trajo consigo a la jurídica y ésta tomó fundamento en la teoría del realismo socioeconómico, que por su ejercicio práctico, ágil y sin exceso formal, desplazó al positivismo jurídico centralizado de hegemonía operativa socioeconómica actual, como lo explican las tesis de Capella⁶³ y Faria.⁶⁴ La globalización se ha constituido en el fenómeno objeto de análisis en la actualidad, y como concepto integrador incluye varios estudios

⁶² Gunther Teubner, *Regímenes Globales Privados: ¿Derecho Neoespontáneo y Constitución Dual de Sectores Autónomos?*, p. 76.

⁶³ Juan Ramón Capella, *Fruta Prohibida*, 3ª. ed., Madrid, Trotta, 2001, pp. 249 y 273.

⁶⁴ José Eduardo Faria, *El Derecho en la Economía Globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 364-365.

de diversos campos, tocando en lo jurídico a tratadistas que exponen nuevos enfoques y reflexiones.

En la globalización jurídica se desarrolló una nueva normatividad privada originada por la autonomía de organismos internacionales, instituciones financieras y bursátiles transnacionales y empresas privadas también transnacionales de carácter comercial, financiero, bursátil, de servicios legales,⁶⁵ de estándares de calidad, contabilidad, de información comercial y financiera, y de gobierno corporativo; independientemente de la normatividad sobre contratación comercial, arbitraje comercial, comercio electrónico, transferencia de fondos, todos desarrollados por Organizaciones No Gubernamentales.

Este fenómeno influyó en la Organización de las Naciones Unidas, en donde la Asamblea General estableció por resolución número 2205 (XXI) de fecha 17 de diciembre de 1966, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL en inglés), la cual ha establecido Leyes Modelo para diferentes aspectos de interés en esta comisión. De tal forma, que se han dictado leyes para el arbitraje comercial internacional (1985 y 2006), sobre comercio electrónico (1996), sobre firmas electrónicas (2001), sobre transferencias internacionales de créditos (1992), sobre contratación pública de bienes, de obras y de servicios (1993, 1994, y 2011), y sobre insolvencia transfronteriza (1997); así también, se han dictado guías jurídicas de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales (1987), de operaciones de comercio compensatorio (1992) y de transferencias electrónicas de fondos (1987).

El derecho mercantil de la globalización jurídica se ha destacado por formar una normatividad internacional convencional y consuetudinaria expresada en disposiciones como la *Lex Mercatoria*, las UCP 600 y los INCOTERMS 2011; por otra parte, la normatividad positiva del derecho privado y público, dada su rigidez y

⁶⁵ Saskia Sassen, *op. cit.*, p. 128.

exceso formalista, es desplazada por la globalización transnacional que impone sus efectos en la necesidad de los países de adecuarse a la apertura económico-comercial, y sufre el ajuste, modificación y flexibilización para adecuarse a las mencionada normatividad, que marcan las nuevas reglas y los usos comerciales internacionales.

La otra fuente de la globalización jurídica comercial, consiste en la nueva regulación mercantil internacional derivada de los tratados y convenios comerciales suscritos entre los diversos países. Estos tratados comerciales han enriquecido a las legislaciones de los países que incorporan estos convenios y tratados a su derecho positivo, en virtud de las disposiciones constitucionales de los mismos, que otorgan la categoría de ley a los tratados internacionales que dicho país suscribe.

Todas estas nuevas manifestaciones que la globalización ha presentado ante el derecho mercantil de los distintos países, tienen como fuente originaria la relación contractual comercial de los comerciantes, ya sean éstos de carácter público, o de tipo privado, que son referidos por Francis Fukuyama⁶⁶ y Niklas Luhman⁶⁷ en sus estudios sobre el valor de la confianza como capital social de las relaciones económico-sociales, y que es un elemento fundamental de la certeza con que se puedan desarrollar las transacciones comerciales, el progreso, el respeto al derecho y la paz social.

Cabe concluir entonces, que el derecho mercantil globalizado es un elemento de avanzada en el desarrollo de una teoría global del derecho, y por consecuencia, en la búsqueda de una teoría general del derecho. Como se ha expuesto, la teoría global del derecho se ha desarrollado fundamentalmente mediante la acción transnacional realista socioeconómica del derecho mercantil, que ha partido de una emisión normativa de carácter privada de organismos autónomos diferenciados de la normatividad central del Estado nación.

⁶⁶ Francis Fukuyama, *La Confianza*, Barcelona, Sine qua non, 1998, p. 47.

⁶⁷ Niklas Luhmann, *Confianza*, Barcelona, Antropos, 2005, pp. 86-87.

A su vez, el derecho mercantil se ha manifestado como elemento integrador del pluralismo jurídico que incluye la observancia de las diferentes tradiciones, sistemas y ordenes jurídicos; además de considerar los hechos socioeconómicos de las anteriores expresiones, para así intentar integrarse a lo pretendido por una teoría general del derecho, dentro de las consideraciones de Twining.

LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, LAS LEYES SECUNDARIAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL; REGLAS QUE RIGEN LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES

ÓSCAR VÁSQUEZ DEL MERCADO CORDERO¹

RESUMEN: El presente trabajo de investigación se centra en el tema relacionado con el desafío y los compromisos que impone el fenómeno de la globalización económica en el desarrollo de la contratación mercantil internacional, toda vez que dicho fenómeno involucra aspectos financieros, tecnológicos, jurídicos, políticos y sociales, que desencadenan el desarrollo del comercio y la contratación mercantil, es por ello que este ensayo se refiere particularmente a lo relativo a las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, considerando en principio lo que respecto al comercio establecen, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias, para abordar de lleno la problemática de la falta de uniformidad de dichas reglas en el derecho internacional y la repercusión de éstas.

PALABRAS CLAVE: *Constitución, contratos internacionales, leyes, derecho internacional, derecho internacional convencional, derecho internacional consuetudinario, derecho mercantil, derechos humanos, globalización, comercio, sistema jurídico, monopolio, prácticas monopólicas, acto de comercio y lex mercatoria.*

ABSTRACT: This research work focuses on the topic related to the challenge and the commitments imposed by the phenomenon of economic globalization on the development of the international commercial contracts, as this phenomenon involves financial, technological, legal, political and social aspects that trigger the development of trade and commercial contracts, therefore, that this trial concerns particularly with regard to the rules governing international commercial contracts whereas in principle that

¹ Licenciado y Doctor en Derecho (con mención honorífica) por la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador Nacional Nivel I, en el Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT. Catedrático de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro de número en la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia y en el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. Correo electrónico <oscarvmc@gmail.com>.

with respect to trade established, the political Constitution of the Mexican United States and secondary laws, to address squarely the problem of the lack of uniformity of rules in international law and the impact of these.

KEY WORDS: *Constitution, international agreements, laws, international law, international treaty law, customary international law, human rights, globalization, trade, legal system, monopoly, monopolistic practices, act of trade and lex mercatoria.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y leyes secundarias; III. Derecho internacional.

I. INTRODUCCIÓN

Una rama del derecho a la que por años he dedicado mi vida profesional, docente y de investigación, es el derecho mercantil; en esta ocasión centraré mi atención en el tema relacionado con el desafío y los compromisos que impone el fenómeno de la globalización económica en el desarrollo de la contratación mercantil internacional, particularmente en lo relativo a las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, considerando en principio lo que respecto al comercio establecen, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias, para abordar de lleno la problemática de la falta de uniformidad de dichas reglas en el derecho internacional.

Es conveniente señalar que a la globalización generalmente se le define en función de la economía de los países, sin embargo, es claro que involucra además aspectos financieros, tecnológicos, jurídicos, políticos, sociales y muchos más, que interrelacionan a los países y a las personas, por lo tanto, de alguna manera los hacen interdependientes, de tal manera el término globalización es multívoco.

Se destaca que la tecnología como fuerza motriz que mueve la maquinaria de la globalización, impulsa la producción de bienes y servicios, en los cambios relacionados con el comercio y en los patrones actuales de inversión mundial.

Refiriéndome a cuestiones económicas, se destaca que la tecnología propicia cambios en el comercio y patrones actuales de inversión mundial, al tiempo que se asocia en particular con la ciencia de la informática y de las telecomunicaciones, ya que multiplica los flujos de información a través del planeta, haciendo del conocimiento un factor de la producción más importante y rentable que el trabajo, el capital o las materias primas.² El uso de internet se ha generalizado a nivel mundial, las redes sociales son actualmente un medio de comunicación automática y masiva que asombra a cualquiera, en la contratación mercantil nacional e internacional, internet proporciona una gran gama de posibilidades antes insospechadas, para el intercambio de bienes y servicios en la comunidad internacional y apunto como ejemplo el comercio electrónico que se desarrolla a pasos agigantados entre lugares, personas y países a distancias remotas.

Así, resulta claro que la transformación de las economías de los países, consecuente y obligada por este fenómeno de la globalización, tiene que ver con el desarrollo del comercio y la contratación mercantil internacional y estos a su vez, con las reglas que los rigen, basadas en usos y costumbres y una gran variedad de normas nacionales e internacionales, que por falta de uniformidad, en caso de interpretación, cumplimiento o controversia entre las partes, generan conflictos de leyes y de jurisdicciones.

Por ello, acotando la globalización a lo económico, entre otras consecuencias, no puede negarse que abrió las fronteras de los países en el mundo, a la comercialización de una gran variedad de productos y servicios y que se han creado zonas de libre comercio. Las relaciones comerciales entre habitantes de distintos países, al igual que entre los Estados, actualmente son cada vez más frecuentes y complejas, muestra de ello son los convenios, acuerdos comerciales, tratados internacionales y otros instrumentos jurídicos en materia comercial, en los que asumen una serie de obligaciones de carácter

² Rey Acosta Barradas, *Los Desafíos de la Globalización en México (Una Perspectiva Regional)*, México, UV, 2005, p. 41.

mercantil, como es el caso de México, que ha celebrado convenios comerciales con la República Árabe Unida, Corea, China, Rumania, Hungría, antigua Checoslovaquia, Jamaica, Polonia, Bulgaria, Cuba, Japón, entre otros, así como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que nuestro país celebró con Estados Unidos y Canadá.

Por lo antes expuesto, el análisis de este tema es de particular importancia, pues sirve como instrumento para detectar la problemática que vive actualmente el comercio internacional, además nos es útil para tratar de entender qué lugar ocupa nuestro país como sistema jurídico soberano, a partir de la premisa de que en el concierto internacional compartimos, vicisitudes, confusiones y yerros con otras naciones, que al igual que la nuestra tratan de salir de su atraso económico y aspiran encontrar en las instituciones jurídicas un mecanismo idóneo para su inserción igualitaria en el contexto económico mundial, particularmente en la contratación mercantil cada día más agresivo, ágil y complejo, que a manera de grandes desafíos, nos obligan a los juristas a asumir compromisos para el planteamiento de propuestas de reformas que conlleven a la unificación de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales.

Es por lo anterior que a partir del análisis de las normas que establecen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias, así como el derecho internacional en materia de comercio y particularmente en cuanto a los contratos mercantiles, me referiré especialmente a las reglas que los rigen en el ámbito internacional, mismas que sin duda han roto esquemas tradicionales de contratación.

II. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LEYES SECUNDARIAS

En el sistema jurídico de nuestro país, los artículos 1º y 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconocen

los derechos humanos de igualdad y de libertad de todas las personas para ejercer el comercio, ya que en lo conducente disponen:

Artículo 1º- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Artículo 5º- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

Lo anterior de tal manera que, por un lado, todas las personas gozamos de la garantía de igualdad para el ejercicio de los derechos humanos que la Constitución Federal reconoce y que reconocen los tratados internacionales de los que México sea parte, por lo tanto podemos ejercer el comercio, siempre que sea lícito, es decir, que no contravenga lo que la propia Constitución y las leyes secundarias disponen, así como tampoco debe contravenir los tratados internacionales en la materia, sin embargo, como lo establece el artículo 5º antes transcrito, el ejercicio de la libertad de comercio puede vedarse por resolución judicial cuando se ataquen derechos de tercero o por resolución gubernativa en términos de ley cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

Pero el ejercicio de la libertad de comercio también queda protegido por la propia Constitución Federal, ya que en su artículo 28 prohíbe los monopolios y los estancos y garantiza la libre concurrencia en el mercado, a más de que, dicho sea de paso, prohíbe la exención de impuestos, lo que de suyo se justifica porque éstos son generales, es decir, todos los gobernados nos encontramos obligados a pagar impuestos para contribuir al gasto público, aunque debo

señalar también que de la manera proporcional y equitativa que establezcan las leyes, por así disponerlo el artículo 31, fracción IV de la propia Carta Magna.

Además de lo antes mencionado, el artículo 28 de la Constitución Federal, contiene garantías de libertad, propiedad, legalidad y seguridad jurídica, para ejercer el derecho humano del comercio, al tiempo que establece diversas prohibiciones, excepciones, ventajas y sanciones, que expongo enseguida:

1. PROHIBICIONES

El artículo 28 de la Constitución Federal prohíbe los monopolios, los estancos y la competencia desleal y garantiza la libre competencia en el mercado, pues establece que en nuestro país está prohibida toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios, al igual que todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o prestadores de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Por lo tanto, si bien la Constitución Federal garantiza el derecho humano para ejercer el comercio y la libre competencia en el mercado, por otro lado, en sus leyes secundarias reglamentarias también garantiza derechos de productores, distribuidores y comerciantes de bienes y servicios, así como de consumidores.

En efecto, una de las leyes reglamentarias del artículo 28 de la Constitución Federal, la Ley Federal de Competencia Económica,³ en su artículo 23 establece que la Comisión Federal de Competen-

³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1992.

cia, como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, cuenta con autonomía técnica y operativa, para prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, en los términos de la propia ley y gozará de autonomía para dictar sus resoluciones, mientras que el artículo 24 concede a la Comisión múltiples atribuciones en la materia, de las que me permito destacar:

- Investigar la existencia de monopolios, prácticas monopólicas, estancos o concentraciones contrarias a esta Ley para lo cual podrá requerir a los particulares y agentes económicos la información o documentos que estime relevantes y pertinentes;
- Establecer mecanismos de coordinación con las autoridades federales, estatales y municipales para el combate y prevención de monopolios, concentraciones y prácticas prohibidas por esta Ley;
- Resolver los casos de su competencia, sancionar administrativamente la violación de esta Ley y, en su caso, denunciar ante el Ministerio Público las probables conductas delictivas en materia de competencia y libre concurrencia de que tenga conocimiento;
- Resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras leyes, reglamentos o disposiciones administrativas;
- Investigar la existencia de monopolios, prácticas monopólicas, estancos o concentraciones contrarias a esta Ley, incluyendo aquéllos que pudieren realizar los agentes económicos a que se refieren los artículos 4º, 5º y 6º de este mismo ordenamiento, respecto de los actos que no estén expresamente comprendidos dentro de la protección que señala el artículo 28 constitucional, para lo cual podrá requerir a los particulares y agentes económicos la información o documentos que estime relevantes y pertinentes;

En esta materia, otra ley reglamentaria del artículo 28 de nuestra Carta Magna, la Ley Federal de Protección al Consumidor,⁴ regula las relaciones entre los prestadores de bienes y servicios y los consumidores; por virtud de su artículo 1º, esta ley es de orden público e interés social y de observancia en toda la república, sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas, convenios estipulaciones en contrario, mientras que su objeto es el de promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurará la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

El mismo artículo precisa los siguientes principios básicos en las relaciones de consumo.

- I. La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos;
- II. La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones;
- III. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen;
- IV. La efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos;
- V. El acceso a los órganos administrativos con vistas a la prevención de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos, garantizando la protección jurídica, económica, administrativa y técnica a los consumidores;
- VI. El otorgamiento de información y de facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos;

⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1992.

VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.

VIII. La real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios convencionales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados;

IX. El respeto a los derechos y obligaciones derivados de las relaciones de consumo y las medidas que garanticen su efectividad y cumplimiento; y

X. La protección de los derechos de la infancia, adultos mayores, personas con discapacidad e indígenas.

Asimismo, el último párrafo del artículo 1° de la misma ley protectora del consumidor, establece que los derechos que la misma consagra no excluyen otros derivados de tratados o convenciones internacionales de los que nuestro país sea parte y de los que deriven de los principios generales del derecho, la analogía, las costumbres y la equidad.

Inclusive, para uniformar las cláusulas de los contratos de adhesión que se utilizan para la adquisición de bienes y servicios, el artículo 85 de esta ley señala que se entiende por contrato de adhesión, el documento elaborado unilateralmente por el proveedor para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. También señala que todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista y en un tamaño y tipo de letra uniforme. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley.

2. EXCEPCIONES

El artículo 28 de la Constitución Federal señala que no constituirán monopolio, las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas, a saber: las que a través del banco central realice respecto de la acuñación de moneda y emisión de billetes; correos; telégrafos; radiotelegrafía; petróleo y demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos; generación de energía nuclear; electricidad y; actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. Así como tampoco constituyen monopolio las actividades que se ejerzan sobre las áreas prioritarias de comunicaciones vía satélite y Ferrocarriles.

Tampoco constituyen monopolios, las actividades que realicen las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Sin embargo, existe una restricción para el caso de que las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo, lleguen a derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

Finalmente, también quedan exentos de constituir monopolios, los privilegios que se concedan a autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora, lo anterior en términos de las siguientes leyes:

También se cuenta con la Ley Federal del Derecho de Autor,⁵ reglamentaria del artículo 28 de la Constitución Federal, cuyas disposiciones son de orden público, de interés social y de observancia general en todo el territorio nacional, misma que tiene por objeto la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación; protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, así como de los otros derechos de propiedad intelectual (Artículo 1º).

Asimismo, la Ley de la Propiedad industrial,⁶ cuyas disposiciones son de orden público y de observancia general en toda la República, sin perjuicio de lo establecido en los Tratados Internacionales de los que México sea parte, misma que tiene por objeto: establecer las bases para que, en las actividades industriales y comerciales del país, tenga lugar un sistema permanente de perfeccionamiento de sus procesos y productos; promover y fomentar la actividad inventiva y de aplicación industrial, las mejoras técnicas; establecer las bases para que, en las actividades industriales y comerciales del país, tenga lugar un sistema permanente de perfeccionamiento de sus procesos y productos; promover y fomentar la actividad inventiva de aplicación industrial, las mejoras técnicas y la difusión de conocimientos tecnológicos dentro de los sectores productivos; propiciar e impulsar el mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios en la industria y en el comercio, conforme a los intereses de los consumidores.

Esta ley también contiene disposiciones para favorecer la creatividad del diseño y la presentación de productos nuevos y útiles; proteger la propiedad industrial mediante la regulación y otorgamiento

⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación de 23 de julio de 2003.

⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 27 de junio de 1991.

de patentes de invención; registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, y avisos comerciales; publicación de nombres comerciales; declaración de protección de denominaciones de origen, y regulación de secretos industriales; prevenir los actos que atenten contra la propiedad industrial o que constituyan competencia desleal relacionada con la misma y establecer las sanciones y penas respecto de ellos, establecer condiciones de seguridad jurídica entre las partes en la operación de franquicias, así como garantizar un trato no discriminatorio para todos los franquiciatarios del mismo franquiciante.

3. VENTAJAS

De entre las ventajas que establece el artículo 28 de la Constitución Federal, al prohibir los monopolios y la libre concurrencia en el mercado, puedo mencionar las siguientes:

- Toda persona cuenta con el derecho humano de dedicarse a la actividad que le acomode siendo lícita, entre ellas el comercio;
- Fuera de los casos de excepción de monopolios que señalé en materia de la Ley Federal del Derecho de Autor y de la Ley de la Propiedad Industrial, se prohíbe que una persona o grupo tengan privilegios o prerrogativas para desarrollar las actividades que también precisé;
- La libre concurrencia en el mercado de bienes y servicios, alienta, promueve, motiva e intensifica la producción de bienes y servicios, lo cual trae como consecuencia su mejor calidad y la baja en sus costos, pero sobre todo en la baja de los precios en el mercado,

Lo anterior, en términos de lo que establecen los artículos 1º, 5º y 28 de nuestra Carta Magna a los que ya me referí, así como de los que para tales efectos establecen sus leyes reglamentarias, tratados internacionales de los que México sea parte y demás disposiciones

de carácter general, que enmarca nuestro Estado de Derecho en la materia de comercio.

4. SANCIONES PENALES

Las violaciones a las normas imperativas que establece el artículo 28 de la Constitución Federal, traen como consecuencia la imposición de multas y penas de prisión que establece el Título Decimocuarto del Código Penal para el Distrito Federal, bajo el rubro de “Delitos contra la Economía Pública”, Capítulo I “Delitos Contra el Consumo y la Riqueza Nacionales”, artículos 253 y 254, por conductas delictivas relacionadas con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, de las que a manera ilustrativa destaco:

- El acaparamiento, ocultación o injustificada negativa para su venta, con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto a los consumidores:
- Todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio.
- La limitación de la producción o el manejo que se haga de la misma, con el propósito de mantener las mercancías en injusto precio.
- La suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, con el objeto de obtener un alza en los precios o se afecte el abasto de los consumidores.

Ahora bien, independientemente de las prohibiciones y sanciones penales que establece el artículo 28 de la Constitución Federal y leyes reglamentarias a que antes me referí, por otro lado, respecto de las reglas que rigen los contratos mercantiles, destaca el Código

de Comercio,⁷ mismo que regula los actos de comercio, comerciantes, y contratos mercantiles, entre otros.

Por lo que hace a los actos de comercio, sostiene Carlos Dávalos Mejía, que para algunos autores, son actos de comercio “los que se rigen por el Código de Comercio y sus leyes complementarias, aunque no sean comerciantes los que los realicen”.⁸ Por su parte, Roberto Mantilla Molina, señala que el acto de comercio representa la clave del sistema mercantil, pues su celebración determina la aplicabilidad de esta rama del derecho. Encontramos al respecto varios criterios en la doctrina, en el sentido de que para identificar que un acto es de comercio tenemos que confirmar si cumple con alguno de los dos criterios determinantes, que son: el criterio subjetivo, en el caso de haberse realizado el acto por un comerciante, o el criterio objetivo, atendiendo al objeto del acto, como es el caso de los títulos de crédito.⁹

Por mi parte, considerando los mencionados criterios, estimo que para que un acto sea considerado como de comercio, y que en consecuencia le resulte aplicable toda la legislación mercantil, debe existir conexión con alguno o con ambos de los dos requisitos siguientes:

- Que sea realizado por algún comerciante.
- Que se refiera a alguna cosa mercantil.

Así tenemos que el Código de Comercio, establece en su artículo 1º: “los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables”, mientras que el artículo 2º de igual Código precisa: “A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables

⁷ Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 de octubre de 1889.

⁸ Carlos Dávalos Mejía, *El Comercio Mercantil Internacional*, México, Mac Graw-Hill, 2003, p. 92.

⁹ Roberto Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 2003, p. 202.

a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal”.

Igualmente, el artículo 75 del mismo ordenamiento señala que son actos de comercio:

- I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;
- II. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;
- III. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;
- IV. Los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;
- V. Las empresas de abastecimientos y suministros;
- VI. Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;
- VII. Las empresas de fábricas y manufacturas.
- VIII. Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua, y las empresas de turismo;
- IX. Las librerías y las empresas editoriales y tipográficas;
- X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda;
- XI. Las empresas de espectáculos públicos;
- XII. Las operaciones de comisión mercantil;
- XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles;
- XIV. Las operaciones de bancos;
- XV. Todos los contratos relativos

XVI. Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;

XVII. Los depósitos por causa de comercio;

XVIII. Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;

XIX. Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;

XX. Los valores u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;

XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;

XXII. Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;

XXIII. La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;

XXIV. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

XXV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.”

Como puede observarse, la enumeración que establece el artículo 75 del Código de Comercio es meramente enunciativa, pues su fracción XXV, también considera actos de comercio a otros actos de naturaleza análoga; mientras que el artículo 76 de igual Código, excluye como excepciones los siguientes actos de comercio:

Artículo 76. No son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes, ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio.

Por otro lado, por cuanto hace al carácter de comerciante los artículos 3º, 4º y 5º del Código de Comercio que transcribo a continuación, establecen los siguientes supuestos:

Artículo 3º- Se reputan en derecho comerciantes:

- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;
- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;
- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.”

Artículo 4º Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no sean en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles...

Artículo 5º- Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo.

Finalmente, el artículo 12 del Código de Comercio establece las siguientes restricciones para ejercer el comercio:

Artículo 12. No pueden ejercer el comercio:

- Los corredores;
- Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;
- Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos, la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión.

Cabe comentar que el sistema jurídico mexicano, establece reglas uniformes aplicables a los contratos mercantiles, ya que el Código de Comercio establece disposiciones generales y disposiciones aplicables en particular a cada uno de los siguientes contratos que regula: comisión; depósito, préstamo; compraventa; permuta; cesión de créditos; consignación y transporte terrestre.

Asimismo, es de destacarse la regulación que el Código de Comercio establece respecto del comercio electrónico, particularmente en lo referente a los mensajes de datos, la firma electrónica avanzada, los servicios de certificación de firmas; también instrumenta juicios mercantiles ordinarios, orales y ejecutivos y también regula el arbitraje comercial.

III. DERECHO INTERNACIONAL

Actualmente, el derecho internacional, como conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los Estados y sus habitantes, ha cobrado relevancia como consecuencia también del fenómeno de la globalización económica y particularizando en materia de derecho mercantil, las convenciones o tratados internacionales, así como los usos y costumbres son las fuentes por excelencia del derecho Internacional, es lo que se conoce como derecho internacional convencional y derecho internacional consuetudinario, respectivamente, que desde luego nutren las relaciones comerciales internacionales; luego entonces, aquí estamos en presencia de la globalización jurídica.

1. DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL

En nuestro sistema jurídico, el derecho internacional convencional resulta de suma importancia, pues los tratados internacionales se ubican como parte integrante de la Ley Suprema de toda la Unión,

por así disponerlo el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala:

Artículo. 133.-Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Antes de continuar, me permito hacer aquí un paréntesis, pues considero importante señalar que en este dispositivo constitucional subyace el tradicional principio de supremacía constitucional, bajo la teoría monista (nada por encima de la constitución, todo por debajo de ella), que sin embargo, a partir de cambios substanciales en la interrelación y en algunos casos de interdependencia entre los países, producto de una serie de convenciones que han celebrado, asociadas al fenómeno de la globalización, actualmente es objeto de serios cuestionamientos.

Repasando los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ha vertido en torno al valor jerárquico de las leyes que emanan del Congreso de la Unión frente a los tratados internacionales, su determinación evolucionó a partir de considerar a la ley con mayor valor que el tratado internacional, luego con igual valor para ambos y por último, mayor valor del tratado internacional sobre la ley, aperturando así una mayor incorporación del derecho convencional internacional al sistema jurídico mexicano, al tiempo que se aprecia la evolución que ha sufrido el principio de soberanía constitucional en nuestro país.¹⁰

Así es, en materia de derechos humanos, mediante labor legislativa, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha

¹⁰ Cfr. Guillermo Enrique Estrada Adán, “Una visión del control de convencionalidad desde el derecho internacional”, en *Homenaje al maestro Edmundo Elías Musi*, Porrúa-UNAM, 2014, pp. 233 - 247.

10 de junio de 2011, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sufrió sendas reformas y adiciones al Título Primero, denominándolo de los “Derechos Humanos y sus Garantías”, antes “De las Garantías Individuales”, así como a los siguientes artículos en las materias que se mencionan: 1o. Derechos humanos y discriminación, 3o. Educación, 11. Asilo político, 29. Restricción y suspensión de derechos humanos y 33. Expulsión de extranjeros, entre otros.

Con relación a lo que se viene comentando, de los artículos mencionados, se destaca el siguiente:

Artículo 1º.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley[...]

Del análisis de lo dispuesto por estos tres primeros párrafos del artículo 1º de la Constitución Federal, resulta que cuando de la interpretación de las normas en materia de derechos humanos reconocidos por tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, con aplicación de los principios de indivisibilidad, interdependencia, progresividad y universalidad, se desprenda una mayor protección o beneficio para la persona, las mismas serán

aplicables, no obstante lo dispuesto por la propia Constitución Federal, por lo que estimo que estos dogmas constitucionales no se rigen por la doctrina monista, sino por la doctrina dualista; por ello, actualmente se habla de soberanía moderna.

Retomando el tema del derecho convencional internacional, con relación a las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, me permito referirme al tratado internacional más importante que México haya celebrado en materia comercial, me refiero al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que celebró con los Estados Unidos de América y Canadá, para facilitar los flujos de mercancías y capitales entre ellos, a partir del establecimiento de políticas uniformes en materia de comercio exterior que han de seguirse, como las políticas relativas a tarifas arancelarias, inversiones extranjeras, protección de la propiedad industrial, prestación de servicios financieros transfronterizos, etc. Todo el contenido del TLCAN, desde el punto de vista jurídico, puede sintetizarse diciendo que procura la uniformidad o armonización de las políticas de comercio exterior de los tres países. La idea subyacente es que el libre comercio es un medio adecuado para el desarrollo de los pueblos.¹¹

Pero ni las políticas de comercio exterior ni el mismo tratado constituyen en realidad el libre comercio, ya que éste se formaliza con los contratos internacionales que celebran los particulares (personas o empresas) con el fin de intercambiar bienes y servicios. Las políticas de comercio exterior y los tratados de libre comercio son, por decirlo así, únicamente la escenografía adecuada para que actúen los verdaderos agentes del libre comercio que son los importadores, exportadores, fabricantes, las empresas y empresarios en suma.

Lo anterior, en virtud de que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte fija condiciones que supuestamente han de facilitar la celebración de contratos comerciales internacionales, como

¹¹ Jorge Adame, *El Contrato de Compraventa Internacional*, México, Mc Graw-Hill, 2005, p. 9.

exportaciones o importaciones de mercancías, contratos de distribución, suministro o agencia, licencias de uso de marcas o patentes, contratos de transferencia de tecnología, contratos de transporte de mercancías, contratos de construcción o de obra terminada, contratos de prestación de servicios y otros. El éxito o el fracaso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte finalmente se medirá en relación con la contribución que haga al desarrollo de México, Estados Unidos y Canadá, pero en forma inmediata se puede sopesar a partir del incremento o decremento de los contratos comerciales internacionales entre los tres países.

Por lo anterior, se manifiesta la necesidad de que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que unifica y armoniza las políticas de comercio exterior, venga acompañado de un conjunto de principios y reglas sobre la celebración de los contratos comerciales internacionales, su ejecución e interpretación, que puedan servir como criterios para resolver los litigios o controversias que surjan con motivo de su aplicación.¹²

Es preciso señalar que en el orden interno, cada Estado tiene sus propias reglas aplicables a los celebrados dentro de su territorio. Pero los contratos comerciales internacionales rebasan el ámbito de competencia del derecho contractual del Estado, debido a que se trata de contratos que celebran personas de diferente nacionalidad que están asentadas en territorios de diversos Estados.

La problemática que plantea el establecimiento de reglas aplicables a los contratos comerciales internacionales se pretendió resolver con las reglas del derecho internacional privado, mediante la aplicación de uno de los derechos nacionales de las partes involucradas. La cuestión se planteaba bajo la perspectiva de definir cuál es la ley nacional aplicable al contrato. Este planteamiento, que era inherente a la idea del Estado, ya superada, como entidad soberana que se regula por su propio derecho, no tiene un resultado

¹² Carlos Rodríguez González-Valadez, *México Ante el Arbitraje Comercial Internacional*, México, Porrúa, 2003, p. 285.

equitativo, ya que concede una gran ventaja a la parte cuyo derecho resulta aplicable al contrato.

En efecto, una de las partes puede comprender más fácilmente los términos, alcances y condiciones del contrato y disponer de asesoría jurídica más competente y menos onerosa, mientras que la otra parte debe hacer el esfuerzo de comprender un derecho extranjero, a menudo expresado en idioma distinto al suyo. Una consecuencia práctica e inmediata de esta desventaja es que, en presencia de un problema, la parte cuyo derecho se aplica tiene más poder de negociación para hacer efectivas sus pretensiones que la otra, la cual está más dispuesta a ceder y conseguir un arreglo en vez de litigar en un derecho que apenas conoce.

La regulación de los contratos mercantiles internacionales requiere no sólo de reglas sustantivas comunes, sino también de una instancia jurisdiccional adecuada, con sus propias reglas procesales y de la capacidad de hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales con apoyo del poder público. Se requiere entonces de un derecho sustantivo aplicable a los contratos internacionales, una jurisdicción especializada en ellos y reglas comunes para la ejecución de las decisiones jurisdiccionales.

Respecto de la solución de controversias entre las partes, Jorge Adame refiere que el TLCAN tiene algunas disposiciones. Por una parte, dispone en el Artículo 2022, párrafos 1 y 4, que los gobiernos favorezcan el arbitraje comercial y otros medios alternativos para la solución de controversias privadas y crea un Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas, con la misión de que haga estudios y recomendaciones para el uso eficiente del arbitraje y otros medios de solución de controversias entre particulares en la zona de libre comercio.

Por otra parte, el artículo 2022, párrafo 3, propone que los países miembros del Tratado formen parte de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), es

decir, que tengan previsto un procedimiento ágil para la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.¹³

Con estas medidas, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte está proveyendo de una jurisdicción especializada en materia de controversias comerciales internacionales, que es el arbitraje comercial internacional. El arbitraje comercial es realmente un órgano jurisdiccional, aun cuando ni los árbitros ni las instituciones arbitrales estén dotadas de poder público ni sean parte del poder judicial de uno de los Estados. La esencia de la jurisdicción es la decisión de las controversias; el poder sólo se requiere para la ejecución forzosa de esa decisión si el demandado no la cumple voluntariamente.

Cuando los árbitros deciden una controversia mediante un laudo, realmente realizan un acto jurisdiccional, si bien pueden luego requerir el auxilio del poder judicial para la ejecución forzosa del laudo. El arbitraje comercial internacional puede llegar a ser el órgano jurisdiccional especializado para la solución de controversias comerciales privadas en la zona de libre comercio.

En la actualidad existen varias instituciones de arbitraje comercial en la zona, entre las que destacan la American Arbitration Association, el British Columbia International Commercial Arbitration Center, la Comisión de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, el Centro de Arbitraje de México y la Cámara Internacional de Comercio; además todas estas instituciones han creado una nueva organización transnacional denominada Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas, CAMCA). En vista de esto, el Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas concluyó en su sesión de noviembre de 1996 que no hay necesidad de promover ni de fundar nuevas instituciones de arbitraje.

Cada una de estas instituciones, y las demás que existen, tienen sus propias reglas de procedimiento arbitral y sus propias listas de

¹³ Jorge Adame, *op. cit.*, p. 11.

árbitros. Las reglas de procedimiento son más o menos homogéneas y en consonancia con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional. Las leyes de arbitraje de los tres países son también homogéneas y similares a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la misma Comisión de Naciones Unidas. Los procedimientos para ejecutar los laudos que no fueren voluntariamente cumplidos están armonizados en los tres países, debido a que en todos está en vigor la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

Finalmente, con relación a lo que he venido manifestando, no quiero omitir la protección del comercio y la inversión en nuestro país, contra el derecho extranjero que contravenga el derecho internacional, me refiero a la Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional.¹⁴

El artículo 1º de esta ley prohíbe a las personas físicas o morales, públicas o privadas que se encuentren en el territorio nacional, a aquéllas cuyos actos ocurran o surtan efectos total o parcialmente en dicho territorio, así como a aquellas que se sometan a las leyes mexicanas, realizar actos que afecten el comercio o la inversión, cuando tales actos sean consecuencia de los efectos extraterritoriales de leyes extranjeras, es decir, cuando tenga o pueda tener como cualquiera de estos objetivos: que pretenda imponer un bloqueo económico o incluso limitar la inversión hacia un país para provocar el cambio en su forma de gobierno; que permita reclamar pagos a particulares con motivo de expropiaciones realizadas en el país al que se aplique el bloqueo; que prevea restringir la entrada al país que expide la ley como uno de los medios para alcanzar los anteriores objetivos. Asimismo, el artículo 2º prohíbe a las personas mencionadas, proporcionar cualquier información, por cualquier

¹⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 23 de octubre de 1996.

medio, que les sea requerida por tribunales o autoridades extranjeros, con base en las leyes extranjeras indicadas.

También es importante lo señalado por el artículo 3° de esta Ley, que obliga a las personas afectadas a informar a la Secretaría de Relaciones Exteriores y a la Secretaría de Economía, de los casos en que: pudieren verse perjudicadas en sus actividades e inversión, por los efectos de las leyes extranjeras que mencioné y reciban requerimientos o notificaciones emitidos con base en éstas. Finalmente, el artículo 9° de la misma ley faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores, para imponer las siguientes sanciones: Por violación al primer párrafo del artículo 1°, multa hasta por 100, 000 días de salario mínimo general, vigente en el Distrito federal; por violación al artículo 2°, multa hasta por 50, 000 días de salario mínimo general, vigente en el Distrito federal; por violación al artículo 3°, con amonestación. Si se trata de la segunda infracción, multa hasta por 1, 000 días de salario mínimo general, vigente en el Distrito federal; en caso de reincidencia, se aplicará multa hasta por el doble del límite máximo de la sanción que corresponda.

2. DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

Producto de los usos y costumbres en el comercio internacional, surge el derecho internacional consuetudinario. No cabe duda que en algunas disciplinas jurídicas la costumbre se hace ley, como es el caso del derecho mercantil, sea nacional o internacional, pues la historia ha demostrado que se caracteriza y diferencia de otras ramas del derecho, porque trata de regular aquellas situaciones que de hecho, por los usos y costumbres, se dan entre los comerciantes.

Así es, en su evolución, la práctica del comercio y la solución de las controversias por parte de los mercaderes reunidos en gremios y corporaciones, fue creando un conjunto de normas de origen consuetudinario y los consulados encargados de dirimir las controversias, se convirtieron en verdaderos tribunales, que administran

justicia sin sujetarse a formalidad alguna y dictaban sus sentencias con base en usos y costumbres generalmente aceptados, pero no transcurrió mucho tiempo sin que se recogieran por escrito las decisiones de los tribunales consulares, nacieron así, merced a esa doble práctica estatutaria y jurisdiccional de las corporaciones, las primeras colecciones de normas de derecho mercantil, lo cual aconteció al crearse los estados nacionales y tratar de retomar y retener la función legislativa y jurisdiccional dejada en manos de las corporaciones y consulados de comerciantes.

Resultado de lo anterior, es práctica común y generalizada de las legislaciones de los países en la materia, la no creación de instituciones jurídicas como lo hacen respecto de otras ramas del derecho, sino que respetan, reconocen y dan validez jurídica a las prácticas de los comerciantes; en realidad, la verdadera función del legislador mercantil ha sido y es actualmente la de reconocer y no crear normas.

La anterior afirmación ha sido aceptada por la mayoría de los sistemas jurídicos alrededor del mundo y es de suma relevancia ya que la regulación mercantil mundial se sujeta al actuar de los comerciantes. Así fue desde tiempos del medioevo en los que la *Lex Mercatoria* cobró relevancia en la actividad comercial internacional, sin llegar a extinguirse con la positivación de las normas de carácter mercantil de los estados nacionales, y por lo contrario actualmente ya cobró nuevo auge y se le asigna como la nueva *Lex Mercatoria*.

Esta particularidad aparece como uno de los factores por el que no existe uniformidad en las reglas que regulan los contratos mercantiles internacionales; aunado a que los usos y las costumbres varían de comunidad en comunidad y más propiamente de legislación en legislación y de sistema jurídico a sistema jurídico o inclusive con mayores diferencias entre las familias jurídicas, por ejemplo el sistema del *common law* estadounidense, en donde no se distingue entre un contrato civil y un contrato mercantil y el sistema jurídico mexicano en que si se encuentran diferenciados estos contratos.

No obstante lo anterior, debe considerarse que existen determinados conceptos, normas e instituciones de carácter mercantil, que son denominador común, porque son aplicadas en el ámbito internacional, son aceptadas y reconocidas por los países y tal es el caso del uso generalizado del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, para elegir el derecho aplicable, para adherirse total o restrictivamente a los instrumentos internacionales que regulan los contratos mercantiles, elección de los tribunales para dirimir las controversias y otros.

Pero también debe destacarse que, cuando dichas normas se tratan de codificar, varían en su esencia de un país a otro, de un bloque económico a otro, en donde persiste la tendencia a proteger intereses de los países sobre todo más desarrollados, este es el verdadero problema que hoy ocupa mi atención e interés, la ausencia de normas uniformes que regulen los contratos mercantiles internacionales.

Para el establecimiento de las obligaciones en esos instrumentos jurídicos, la interpretación de sus cláusulas y en general para la solución de las controversias que surjan por su incumplimiento, apoyadas en el principio mundialmente reconocido de la autonomía de la voluntad, las partes pactan una serie de normas o reglas bajo tres vertientes: una o varias legislaciones nacionales; tratados y convenciones Internacionales y; usos y costumbres conocidos como Nueva *Lex Mercatoria*, la que en muchos casos tiene aplicación preferente sobre el derecho nacional.

Adicionalmente debe indicarse que ha cobrado gran auge el uso de medios electrónicos, para la celebración de contratos mercantiles internacionales; estas nuevas formas de contratación, obligan a buscar la adecuación de la legislación nacional, al tiempo que se reclama su unificación general, como tema de discusión actual en foros nacionales, regionales y mundiales. El problema de esa falta de uniformidad puede verse desde los ángulos de la interpretación y cumplimiento de las reglas o normas que rigen los contratos mercantiles internacionales (conflicto de leyes en el tiempo y en el

espacio) y de la solución de las controversias que surjan entre las partes con motivo del incumplimiento de las obligaciones a su cargo (conflictos de jurisdicciones).

Como fuente primordial del derecho mercantil, los usos y las costumbres en el comercio, la *Lex Mercatoria*, que de hecho rige los contratos mercantiles internacionales; es un conjunto de principios generales y reglas costumbristas, referidas espontáneamente y creadas dentro de la estructura del comercio internacional, sin referencia a un sistema jurídico nacional en particular.¹⁵ Los principios generales de la *Lex Mercatoria* consisten en:

- Las prestaciones contractuales deben ser equilibradas;
- La interpretación de buena fe de los convenios;
- La presunción de competencia internacional;
- La obligación para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar el perjuicio;
- La presunción, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales;
- El deber de cooperación de las partes;
- La exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses;
- La validez de la aceptación tácita del contrato;

Las reglas de interpretación de los contratos, tales como la auto determinación y la autorresponsabilidad, la autonomía y libertad contractual, la buena fe, la verdadera intención de las partes, normas del efecto útil, transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos, la igualdad y equidad contractual, la confianza y seguridad.

¹⁵ *Apud* Miguel Acosta Romero, *Nuevo derecho mercantil*, México, Porrúa, 2000, p. 73.

Ahora bien, en la práctica del comercio internacional se ha puesto en evidencia que en lugar de la legislación nacional, las partes prefieren sujetar los contratos mercantiles a las normas de tratados y convenciones internacionales y principalmente a las normas consuetudinarias de la nueva *Lex Mercatoria*, que son mundialmente aceptadas, es un derecho supranacional que ya dejó atrás a las legislaciones nacionales y tan es así que ha introducido contratos tipo, en materia de transporte aéreo de pasajeros, contrato de licencia de programas de informática, contrato de fletamento, de *factoring*, de *joint venture* o de *know how* internacionales, o los *incoterms* (Internacional Commercial Terms) que son siglas que contienen normas que vinculan a las partes, con base en las cuales se resuelven vía el arbitraje las controversias que surgen entre las partes, constituyendo verdadera jurisprudencia las resoluciones de los árbitros internacionales, sin embargo no se cuenta con principios generales para la uniformidad de las reglas que regulan los contratos mercantiles internacionales.

En el ámbito internacional se han presentado dos iniciativas por tratar de llevar un registro de principios aplicables. La primera se circunscribe a los países adheridos a la Comunidad Europea y presupone la elaboración de una clase de compendio (Restatement) europeo del derecho de los contratos, una recopilación de principios y reglas generales en materia de contratos y la segunda la constituye el proyecto de UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) de elaboración de principios para los contratos comerciales internacionales.¹⁶

También se destaca la importante labor de otros organismos internacionales, que han elaborado una serie de normas tendientes a la unificación de los contratos mercantiles, para ser aplicadas por los países participantes y por los que se adhieran a las mismas, ello a través de diversos instrumentos como la Convención sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales celebrada en Roma el 19 de junio de 1980; la Convención sobre los Contratos de Com-

¹⁶ Miguel Acosta Romero, *op. cit.*, p. 77.

praventa Internacional de Mercaderías de UNCITRAL de 1988; los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT sobre los Contratos Mercantiles Internacionales de 2010, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, entre otros.

Pero a pesar de que con la adopción de los instrumentos antes mencionados se ha propuesto a las partes la aplicación de normas uniformes a los contratos mercantiles internacionales, por otro lado, deja el camino abierto para que sus relaciones contractuales puedan estar sujetas a diversas legislaciones, usos y costumbres, ya que la autonomía de la voluntad como principio mundialmente aceptado, permite a las partes la libre elección del derecho que se aplicará y de no acordarlo, establece reglas entre las que prevalecen la relativa a la aplicación del derecho del Estado con el que se tengan los vínculos más estrechos (ubicación de las mercancías, domicilio de los contratantes) o bien la aplicación de usos y costumbres (nueva *Lex Mercatoria*), como ocurre con los instrumentos que ya cité, independientemente de la unificación necesaria a la legislación que rige los contratos mercantiles internacionales.

A partir de la interrelación y en muchos casos interdependencia económica de los países en esta sociedad globalizada, la regulación de las relaciones comerciales en el seno de las legislaciones internas de los estados, ha sido rebasada por acuerdos, convenciones y tratados internacionales que en muchos caso obedecen más a intereses de grupos de naciones o de hombres poderosos política y económicamente, que se asocian formando bloques económicos, que a los intereses de los países que se encuentran en el subdesarrollo y que se insiste, como el nuestro luchan por encontrar igualdad en las relaciones comerciales.

Esta realidad se nos muestra agresiva y capaz de superar toda expectativa y cualquier capacidad de pronóstico y reacción de quienes están encargados de diseñar y construir las instituciones jurídicas, de quienes nos ocupamos de estudiarlas y hacer de ellas nuestra he-

rramienta de trabajo cotidiano, así como de aquellos quienes tienen encomendada la importante tarea de impartir justicia.

La técnica legislativa y la jurisprudencia coexisten y asisten juntas con cierto asombro al espectáculo que brinda la dinámica del mercado en el plano internacional, que asedia de manera inexorable el quietismo de instituciones jurídicas nacionales y extranjeras, a las que no queda más que adaptarse a una velocidad vertiginosa no siempre posible, o perecer y ser sustituidas por conductas comerciales que por carencia de regulación apropiada, pueden afectar no sólo la seguridad jurídica, sino la viabilidad económica de las transacciones mercantiles.

El progreso científico y tecnológico y los cambios políticos son fenómenos a los que desde los nuevos enfoques filosófico-políticos respecto de los derechos humanos y sus garantías, hasta las nuevas herramientas a través de las cuales es posible la perpetración de hechos delictivos, ninguna rama del derecho es ajena, ya que renuevan la práctica del derecho constitucional, y por ello es que difícilmente existe una subdisciplina jurídica que no acuse el impacto de los vertiginosos cambios característicos de nuestro tiempo. El derecho mercantil no puede ser la excepción. En la actualidad, y tras siglos de haber sido una disciplina jurídica vanguardista por excelencia, impulsada por una dinámica propia, el derecho mercantil se enfrenta a un escenario inédito en donde muchas de sus instituciones y figuras aparecen hoy rezagadas.

Este entorno, más allá de constituir un motivo de legítima preocupación en el aspecto práctico, representa también la oportunidad para los juristas de llevar adelante un ejercicio de reflexión y creatividad que impulse la actualización de una disciplina que por su naturaleza misma, no puede darse el lujo de atestiguar con pasividad la enorme presión transformadora que las dinámicas de la economía globalizada de mercado imponen a nuestra rama.

Existen disciplinas que sólo se explican en función del papel que *a posteriori* del acontecer socioeconómico les toca desempeñar. Este

yerro convertido en privilegio no es uno que le corresponda al derecho mercantil. Desde sus orígenes, nuestra rama ha servido como motor para la evolución y el desarrollo del comercio para la actividad económica y llevar a cabo las grandes transformaciones del derecho privado. En tal virtud, se encuentra asociado a la dinámica con que la capacidad humana se proyecta para construir instituciones, estructuras sociales y económicas más eficaces y eficientes, aprovechando tanto la experiencia histórica como las virtudes creativas, que son puestas en práctica para resolver nuevas necesidades e inquietudes socioeconómicas. Si acaso fuera demasiado pretencioso sostener que nuestra disciplina impulsa la historia del derecho, cuando menos es necesario reconocer que va de la mano con ella.

Este equilibrio, tras algunas centurias de haberse mantenido como una realidad inexorable en el ámbito jurídico, hoy parece romperse o ceder ante el empuje incontenible de una actividad económica globalizada que parece desenvolverse con una lógica propia. La expansión de los mercados internacionales, primero en mercancías, luego en servicios y después en flujos financieros, es el proceso que ha marcado en buena medida la historia del siglo que acaba de finalizar y que representa, sin duda, el mayor desafío al que los juristas podemos enfrentarnos en la centuria que recién comienza.

El movimiento de la economía y el comercio internacionales, a más de numerosas implicaciones políticas que constituyen por sí mismas una ocasión para una reflexión aparte, involucra como uno de sus rasgos más característicos y sobresalientes la difícil tensión entre la vigorosa pujanza con que se desenvuelven los mercados mundiales y sus protagonistas, por un lado, y la necesidad de establecer regulaciones jurídicas estables y uniformes para orientar un universo cada día más heterogéneo de operaciones y transacciones, por el otro.

Una muestra clara de esta situación es la contratación comercial a través del uso de medios electrónicos, situación que, sobre todo a partir de las dos últimas décadas, ha alterado las reglas legales y las

añejas prácticas comerciales de contratación, ya que se suprimió el documento escrito, la presencia de las partes ahora es virtual, pueden firmar electrónicamente, entre otras formas, ayudados del uso de las tecnologías de la información y comunicación, destacándose la contratación a través de internet, han rebasado cualquier expectativa de expansión comercial nacional y extranjera.

Tal panorama refleja por un lado, como se anula un importante espacio para la acción de los estados con miras a orientar su vida económica en beneficio de sus intereses nacionales, por el otro, parecería insinuarse una suerte de anomia que para muchos sería motivo de genuina preocupación. Sin embargo ese motivo de inquietud es en buena parte artificial. En efecto, más que tratarse de una anomia en el ámbito del tráfico mercantil, estamos ante un silencio, ese sí preocupante, por parte de los especialistas y estudiosos del Derecho que no han sabido o no han querido acceder al llamado que reclama una nueva sistematización de ese extenso universo de instituciones y figuras contractuales que intervienen en esta nueva dinámica económica mundial.

La falta de ese instrumental teórico tiene importantes consecuencias, muchas de las cuales repercuten en la propia estructura histórica del derecho mercantil que, como referíamos antes, se ha caracterizado a lo largo de su evolución por marchar de la mano, cuando no ser impulsor directo, de los grandes cambios en la historia del derecho privado. La técnica jurídica ha sido, desde sus orígenes en el mundo romano, una interminable y fecunda labor de sistematización; lo que la ha caracterizado en el ámbito específico del derecho mercantil ha sido la proyección dinámica y progresiva que en otras épocas se supo imprimir a esa tarea. Hoy es preciso reivindicar esa nota distintiva de nuestra disciplina asumiendo un compromiso intelectual serio ante un desafío monumental, pero no insuperable.

El tráfico mercantil se expande en nuestros días haciendo uso de un sinnúmero de herramientas jurídicas de la más variada índole, separando las etapas en una multitud de transacciones diversas que regulan

distintos aspectos de cada operación. La creciente especialización de la materia manifiesta, en consecuencia, una diversificación de sus contenidos. Esta variedad y heterogeneidad de figuras contractuales nos miran desafiantes, más no por ello debe ser motivo de perplejidad para el jurista, sino todo lo contrario, ocasión para hacer uso del instrumental teórico básico con objeto de imprimirle una forma, una estructura orgánica a esa variedad de actos jurídicos que suelen aparecer como una diversidad informe y confusa.

Si bien las doctrinas difieren sobre sus contenidos y alcances, si bien hoy parece existir una relativa distancia entre el derecho mercantil tradicional y el derecho de las transacciones comerciales internacionales, es indiscutible que existen principios rectores y pautas de sistematización capaces de proporcionar una óptica integradora para este cúmulo de procesos jurídicos que caracterizan el momento actual. Es en esta perspectiva que debemos colocarnos para ensayar un intento de renovación estructural a fondo de nuestra disciplina y comprender la renovada dinámica que hoy la caracteriza, así como señalar sus proyecciones y estar así en condiciones de anticipar futuras evoluciones.

No puede abrigarse duda alguna de que el derecho es un instrumento social que ante todo debe servir al progreso de la sociedad. Hoy en día, cabría sostener que es de las pocas herramientas con las que países en situación de rezago económico como el nuestro, con un déficit social ofensivo, puede enfrentar los retos de una economía globalizada preservando para sí espacios básicos de decisión que permitan cumplir con las funciones básicas del Estado en beneficio de nuestra población. El contexto, sin embargo, presenta una dificultad, que se vincula con el rol protagónico que muchos organismos multilaterales han asumido en décadas recientes, y que muchas veces deciden sobre la base de una errónea interpretación de las dinámicas económicas particulares de cada nación, cuando no con base en una absoluta falta de información al respecto.

Como expresión de soberanía, el derecho debe recuperar para sí esa capacidad de influir sobre la marcha del acontecer social y orientar los procesos que permitan al país salir victorioso de la interminable lucha contra la pobreza y el atraso económico y social. El fenómeno mundial de la globalización, impone a los países el establecimiento de instrumentos jurídicos que posibiliten y faciliten un mejor aprovechamiento y desenvolvimiento de las relaciones comerciales entre personas de diferentes países y entre estados, entre los que se destacan los contratos mercantiles internacionales celebrados ya tradicional o ya electrónicamente, sin embargo, la falta de uniformidad en las reglas generadoras de las obligaciones y de estos instrumentos jurídicos, se traduce en el empleo innecesario de tiempo y pérdida de recursos económicos de las partes contratantes, así como en el deterioro de sus relaciones comerciales.

Consciente de este espacio limitado para ahondar más, aspiro a motivar la investigación de juristas y estudiosos del derecho sobre la problemática aquí expuesta, de la falta de uniformidad en las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, pero sobre todo que la labor legislativa nacional e internacional se preocupen y ocupen en la creación de normas tendientes a resolver tal problemática.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL: UNA APROXIMACIÓN A LA INTEGRIDAD CULTURAL DE COMUNIDADES INDÍGENAS

ROBERTO LUIS BRAVO FIGUEROA¹

RESUMEN: Este ensayo aborda la naturaleza jurídica del derecho a la identidad cultural y su importancia como un principio de interpretación que posibilita el debate sobre los alcances y el entendimiento que deben tener los derechos fundamentales en función del contexto cultural de los grupos indígenas. Se expone además que todo Estado comprometido con la diversidad cultural debe asumir como una finalidad legítima para su democracia, la preservación de las comunidades indígenas a través del reconocimiento de su integridad cultural como un derecho fundamental. Lo anterior, teniendo en cuenta que la preservación de la cultura es esencial para la supervivencia de las comunidades indígenas en tanto que funciona como un agente de auto adscripción que permite a los individuos determinarse como integrantes de una comunidad y al mismo tiempo, que cada grupo pueda diferenciarse de otros colectivos o incluso de la sociedad mayoritaria.

PALABRAS CLAVE: *Diversidad cultural, comunidades indígenas, derecho a la identidad cultural, integridad cultural.*

ABSTRACT: This paper explains the legal nature of the right to cultural identity and its importance as a principle of interpretation that promote the debate on the scope and the understanding that fundamental rights must be based on the cultural context of indigenous groups. In addition, it is established that any State committed to cultural diversity should consider as a legitimate aim for democracy, the preservation of indigenous communities through the recognition of their cultural integrity as a fundamental right. Considering that preservation of culture is essential for the indigenous communities' survival as it serves as an agent of auto assignment that allow individuals to be identified as members of a community and at the same time, each group may

¹ Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de la asignatura Sistema Internacional de Derechos Humanos en la misma Facultad.

differentiate itself from other groups or even of the majority society.

KEY WORDS: *Cultural diversity, indigenous people rights, right to cultural identity, cultural integrity.*

SUMARIO. I. Introducción; II. La diversidad cultural: el planteamiento del debate; III. Las comunidades indígenas como sujetos de derecho; IV. El Derecho a la identidad cultural; V. Consideraciones finales: elementos para el reconocimiento del derecho a la integridad cultural.

I. INTRODUCCIÓN

Derivado de la falta de comprensión e indiferencia sobre su forma particular de concebir el mundo, las comunidades indígenas, especialmente en América Latina, han enfrentado múltiples adversidades para su supervivencia, desde prácticas de exterminio y erradicación hasta políticas de asimilación, integración y segregación que buscan la desaparición paulatina de sus especificidades culturales.

El derecho internacional ha intentado revertir esta situación. Sin embargo, la fuerte influencia del pensamiento liberal clásico en el proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales y sus garantías es el principal obstáculo para responder a las demandas de las comunidades indígenas, puesto que coloca la preservación de la cosmovisión indígena en una posición de incompatibilidad con la protección de los derechos humanos.

En este contexto, el objetivo central de este estudio es aportar elementos y herramientas teóricas para la configuración del derecho a la integridad cultural de las comunidades indígenas, cuyo reconocimiento se enmarca, principalmente, en el debate existente sobre la preservación de la diversidad cultural y la protección de los derechos de las comunidades indígenas.

En este sentido, este artículo se inscribe en la necesidad de replantear la concepción del individuo y el principio de igualdad que

surge de la teoría liberal clásica a fin de reconocer a las comunidades indígenas como sujetos de derechos capaces de reclamar por sí mismos los perjuicios que sufren como colectivo. Para lograr lo anterior, se propone comprender el derecho a la identidad cultural como una herramienta de interpretación de los derechos humanos desde el contexto cultural de las comunidades indígenas.

1. LA DIVERSIDAD CULTURAL: EL PLANTEAMIENTO DEL DEBATE

Durante los últimos años, el proceso de reivindicación de los derechos de comunidades indígenas a partir de su reconocimiento como entes poseedores de una cultura e identidad claramente diferenciada de la cultura mayoritaria ha sido parte fundamental en las reflexiones teóricas sobre los retos que plantea la diversidad cultural.²

Hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, el concepto de diversidad cultural se centraba en afirmar la existencia de Estados con sociedades homogéneas capaces de interactuar “culturalmente” con otros Estados de la misma naturaleza; el Estado era concebido como una entidad unitaria productora e importadora de cultura.³ Sin embargo, la aparición de algunos grupos al interior de los Estados con culturas distintas a la dominante provocó que dicho concepto tuviera que abordarse de manera diferente.

Will Kymlicka –filósofo canadiense que plantea una defensa liberal de los derechos de las minorías– afirma que el surgimiento de tres grupos particulares que comenzaron a utilizar la reivindicación de sus diferencias culturales como medio para lograr el reconocimiento de sus derechos, fue lo que permitió cobrar conciencia de la existencia de sociedades o naciones diversas al interior de un

² Véase Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El reconocimiento legal y vigencia de los sistemas normativos indígenas en México*, OACNUDH, México, 2010, p. 23.

³ Véase Karina Vargas, *Diversidad Cultural: Revisión de conceptos y estrategias*, Generalitat de Catalunya, España, 2008, p. 5.

solo Estado: las minorías nacionales, migrantes y las comunidades indígenas.⁴

Durante el siglo XX, el creciente reconocimiento del fenómeno de la diversidad cultural desembocó en la aprobación de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural.⁵ Se trata de un instrumento que busca consolidar el compromiso por parte de la comunidad internacional en favor de “la fecunda diversidad de las culturas” en un espíritu de diálogo y apertura, tomando en cuenta los riesgos sociales que aparecen al construir una sociedad homogénea y desde una concepción universalista.⁶ En particular, esta Declaración plantea el concepto de la diversidad cultural como la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades, que cuando se manifiesta, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad.⁷

Hoy en día, la diversidad cultural ha sido entendida como un hecho que existe en, y en ocasiones preexiste a, los Estados; y como un concepto que se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las diversas culturas de ciertas comunidades que suelen colocarse como grupos minoritarios en relación con el conjunto de personas que integran a la sociedad cultural mayoritaria o hegemónica.⁸

La diversidad cultural va más allá de reconocer el valor de la multiplicidad de expresiones e identidades culturales. Para las

⁴ Véase Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Colección Estado y sociedad, España, 1999, p. 343.

⁵ Véase UNESCO, *Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural*, adoptada en la 31ª Sesión de la Conferencia General de la UNESCO, 2 de noviembre de 2001, París, Preámbulo.

⁶ Véase *La Diversidad Cultural (Marco Conceptual)*, Campaña nacional por la diversidad cultural de México, CIESAS, CONAPRED, UNESCO, México, 2010, p. 12.

⁷ *Idem*.

⁸ Véase Olga Lucía Molgano, “Identidad Cultural. Un concepto que evoluciona”, *Revista Ópera*, no. 7, Universidad del Externado, Colombia, 2007, p. 69.

democracias modernas implica el surgimiento de interrogantes y retos de carácter económico, social y político relacionados con los derechos de minorías culturales, tales como la conformación de la identidad de sociedades multiculturales o la integración al mercado de grupos con necesidades disímiles y con expectativas y necesidades variadas.⁹

Bajo este contexto, cobra importancia el concepto de multiculturalismo. A diferencia del término “diversidad cultural” que se entiende como el reconocimiento de hecho de las múltiples formas de diversidad presentes en las sociedades contemporáneas, el multiculturalismo es “el reconocimiento político de algunas de estas formas de diferencia en los marcos legales y normativos de las distintas naciones”,¹⁰ es decir, el concepto de multiculturalismo refiere también a la “adopción de las estrategias y políticas para gobernar o administrar los problemas de la diversidad cultural en las que se ven envueltas las sociedades multiculturales”,¹¹ por ello se ha abordado desde diversos enfoques.¹²

Daniel Bonilla resalta lo paradójico que resulta que quienes se dedican a la teoría del derecho y a la filosofía política no hayan analizado profundamente los problemas relacionados con el multiculturalismo.¹³ En especial, porque el principal reto que enfrentan los Estados frente al mismo se relaciona con la extensión de los derechos humanos a las personas pertenecientes a minorías culturales. Mientras los derechos

⁹ Sebastián Kaufmann, “Multiculturalidad y ética del reconocimiento” en *Revista Persona y Sociedad*, Volumen XXV, núm. 1, Universidad Alberto Hurtado, Colombia, 2011, p. 76.

¹⁰ Diana Bocarejo, “Dos paradojas del multiculturalismo colombiano: la espacialización de la diferencia indígena y su aislamiento político” en *Revista Colombiana de Antropología*, Volumen 47, Colombia, 2011, p. 99.

¹¹ *Idem.*

¹² Véase Mauricio Beuchot, *Interculturalidad y Derechos Humanos*, Siglo XXI Editores, México, 2005, p. 13.

¹³ Véase Daniel Bonilla, *La Constitución Multicultural*, Nuevo Pensamiento Jurídico, Colombia, 2006, p. 23

humanos están estructurados en torno al individuo, las minorías tienen a las comunidades como su referente principal.¹⁴

En este sentido, uno de los argumentos que sostiene la insuficiencia de los derechos humanos para responder a la exigencia de las comunidades se refleja en que la mayor parte de instrumentos internacionales que refieren a la protección de colectividades con determinada identidad o especificidad, tienen al individuo como el sujeto fundamental de tutela y no a las colectividades consideradas, en sí mismas, como sujetos de derechos.¹⁵

Por otra parte, en prácticamente todas las democracias liberales uno de los mecanismos para acomodar las diferencias culturales es la protección de los derechos civiles y políticos de los individuos,¹⁶ por ello para las minorías culturales, y en especial para los pueblos y comunidades indígenas, el concepto de derechos humanos representa un conflicto fundamental con su visión del mundo donde la persona no es tan importante como la colectividad.¹⁷

La comprensión de juristas y filósofos políticos respecto a estos problemas comenzó a cambiar a partir de la década de los 80 con la aparición de rigurosos estudios sobre la complejidad de las sociedades contemporáneas culturalmente diversas.¹⁸ Distintos académicos como Charles Taylor, Michael Sandel y James Tully iniciaron un debate para exigir el replanteamiento de las bases de nuestras sociedades construidas sobre las ideas liberales de la ilustración.¹⁹ Esta postura

¹⁴ *Ibidem*, p. 35.

¹⁵ Véase Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El reconocimiento legal y vigencia de los sistemas normativos indígenas en México*, *op.cit.*, p. 23.

¹⁶ Véase Ermanno Vitale, *Liberalismo y multiculturalismo, Un desafío para el pensamiento democrático*, Océano, México, 2004, p. 26.

¹⁷ Véase Daniel Bonilla, *op. cit.*, p. 212.

¹⁸ Véase Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Colección Estado y Sociedad, España, 1999, p. 125.

¹⁹ Véase Ronald Dworkin, *La Comunidad Liberal, Nuevo Pensamiento Jurídico*, Colombia, 2004, p. 29.

que propone, entre otras cosas, un replanteamiento sobre el papel del individuo dentro de su comunidad se denomina comunitarismo.²⁰

Algunos de estos autores afirman que el multiculturalismo muestra que el pensamiento liberal excluye otras culturas. Principalmente, impugnan la concepción de derechos humanos universales, al denunciar la manera en que su pretendida universalidad silencia “otras miradas y voces diferentes a la racionalidad occidental liberal”.²¹

El comunitarismo –en contraposición a las teorías liberales que basan su discurso en la persona como desvinculada de su contexto social– considera que el individuo es intrínsecamente relativo a la comunidad cultural en la que habita.²² Desde esta perspectiva, su comprensión se forma gracias a las particularidades y nexos que comparte con el grupo al cual pertenece, de tal suerte que, las personas se encuentran condicionadas por las tradiciones y costumbres de su pueblo, debido a que los intereses, valores morales, ideales políticos y la formación cultural dependen del contexto histórico y social en que les tocó nacer.²³

Si bien la teoría del comunitarismo ha sido objeto de diversas críticas asociadas a los peligros de dar una preferencia absoluta de la comunidad sobre la persona, lo cierto es que, por su fuerte contraposición al liberalismo, se ha convertido en la principal herramienta teórica de resistencia contra la homogeneización de culturas minoritarias, como los pueblos indígenas.

Como se explica a continuación, las exigencias de reconocimiento indígena nos colocan frente a la necesidad de configurar de un nuevo modelo, posiblemente con tendencia comunitaria, donde el Estado pueda garantizar que todas las formas de ver el mundo coexistan pacíficamente, incluso si estas son incompatibles con los presupuestos que el propio Estado ha elegido para garantizar la

²⁰ Véase Roberto Gargarella, *op. cit.*, p. 132.

²¹ Kaufmann, *op. cit.*, p. 74.

²² Véase Sergio Pérez Barahona, *op. cit.*, p. 67.

²³ Véase Ermanno Vitale, *op. cit.*, p. 26.

convivencia y su democracia.²⁴ En particular, frente a la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el derecho a la identidad cultural cumple un papel esencial para lograr la compatibilidad del deber de preservar la convivencia pacífica y los valores fundamentales dentro del territorio de cada Estado con el reconocimiento de las necesidades particulares de las comunidades indígenas como grupos culturalmente distintos.

II. LAS COMUNIDADES INDÍGENAS COMO SUJETOS DE DERECHO

El debate sobre el reconocimiento de personas indígenas como sujetos de derechos inició en el siglo XVI con las controversias sobre el trato que debían dar los conquistadores a las y los habitantes de América.²⁵ Desde la época de la conquista y durante toda la colonia, las personas indígenas fueron colocadas en una posición de inferioridad natural, eran comprendidas como seres incapaces de controlar su destino.²⁶

Estas nociones de inferioridad e incapacidad indígena dieron origen a un modelo tutelar que justificó la expropiación de territorios, recursos naturales de los pueblos originarios y la explotación desmesurada de su mano de obra. En este período, los pueblos indígenas fueron objeto, en el mejor de los casos, de políticas asistencia-

²⁴ Véase Stuart Hall, *Civil Society*, Editorial Soundings, primera edición, Estados Unidos, 2001, p. 582.

²⁵ En el año de 1550, Fray Bartolomé de las Casas y el jurista español Juan Ginés de Sepúlveda sostuvieron varios debates públicos donde Sepúlveda defendía el derecho de España, como nación civilizada, a someter por las armas a los “salvajes”; Fray Bartolomé sostenía una concepción de las personas indígenas como “seres racionales, libres de proyectar su propia vida”. Véase. Emilio García, “Bartolomé de las Casas y los Derechos Humanos” en *Los Derechos Humanos en su origen*, Editorial San Esteban, España, 2009, p. 81-114.

²⁶ Véase Raquel Fajardo, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, Rodríguez César Garavito, *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Editorial Siglo XXI, Primera Edición, Argentina, 2011, p. 110.

les por parte de sociedades particulares de beneficencia o misiones religiosas.²⁷

En el siglo XIX, y contrario a lo que podría esperarse, la aparición de los movimientos de independencia en toda América significaron solo un reconocimiento formal de la igualdad de los indígenas respecto los demás habitantes.²⁸ En Latinoamérica surgió un modelo de Estado nación construido bajo la idea de una sociedad homogénea, compuesta de individuos sometidos a un solo régimen jurídico y por lo mismo con iguales derechos para todos, lo que tuvo como consecuencia la omisión de consideraciones específicas y diferenciadas para las poblaciones indígenas:²⁹ todas las tierras fueron sometidas a las normas del derecho común y civil que privilegiaba las formas privadas de propiedad, sin embargo, las personas indígenas, en su gran mayoría, carecían de los recursos y el conocimiento para inscribir y regularizar sus territorios ancestrales, siendo así desplazados y despojados de ellas.³⁰

En síntesis, el colonialismo practicado por el imperio español se siguió practicando por los criollos y además, se consolidó en una política indigenista oficial, desarrollada por los mestizos y los grupos gobernantes identificados como los descendientes legítimos de los colonizadores españoles que buscaba que estas poblaciones se asimilaran a la cultura nacional.³¹

²⁷ Véase Mikel Berraondo, *Manual de los Pueblos indígenas y Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, España, 2006., p. 14.

²⁸ Véase José Aylwin, *El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos*, Unidad de Desarrollo Agrícola, CEPAL, Chile, 2002, p. 18.

²⁹ Véase Cletus Gregor, *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. Editorial ABYA YALA, 2º Edición, Bolivia, 2003, p. 451.

³⁰ Véase *El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos*, Unidad de Desarrollo Agrícola, CEPAL, Chile, 2002, p. 13.

³¹ Véase James Tully, *The Struggles of Indigenous Peoples for and of freedom en Political Theory and the rights of indigenous people*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2000, p. 37.

El fracaso de las políticas de asimilación llegaría en el siglo XX con el surgimiento de la “conciencia indígena” que comenzó a evidenciar algunas fallas de origen del Estado-nación que la “élite mestiza” había venido construyendo. Al respecto, Rodolfo Stavenhagen relata que durante la década de 1960 se consolidó una nueva generación de hombres y mujeres indígenas educados en los modos que las sociedades occidentales les habían impuesto, quienes comenzaron a impulsar una creciente atención a las demandas de sus comunidades basadas en la diferencia histórica de sus culturas, de sus instituciones políticas y en sus derechos territoriales.³²

Esta generación de personas fundó las primeras organizaciones indígenas, las cuales son consideradas como causa y efecto de las transformaciones sucedidas en la esfera pública en relación con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas³³ ya que comenzaron a participar activamente en discusiones de derecho internacional y derechos humanos de los pueblos indígenas.³⁴

Hasta ese entonces, los pueblos indígenas no figuraban en el derecho internacional y no tenían tratamiento específico en los organismos internacionales de derechos humanos sino que se les clasificaba como minorías y por tanto, se les otorgaban derechos de las minorías³⁵ que no correspondían con la situación y problemáticas que estaban viviendo.

El primer acercamiento a los derechos de pueblos indígenas ocurrió en el año de 1953 cuando la Organización Internacional

³² Véase S. James Anaya, “Indigenous Peoples” in *International Law*, Oxford University Press, New York NY, 1996, p. 42.

³³ Véase Rodolfo Stavenhagen, “Derechos indígenas y derechos culturales de los pueblos indígenas”, *Revista Culturas populares e indígenas*, s/n. 2004, p. 181.

³⁴ Véase Ángela Santamaría, *Derechos Humanos en América Latina. Mundialización y circulación internacional del conocimiento experto jurídico*, Centro de Estudios Políticos e Internacionales, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2008, p. 87.

³⁵ Véase Anne Sophie Berche, *Pueblos Indígenas y DESC: una lectura intercultural*, Colección Textos de aquí y ahora, primera Edición, Editorial ILSA, Colombia, 2006, p. 49.

del Trabajo comenzó a investigar la discriminación y explotación en el ámbito laboral de las personas de origen indígena,³⁶ misma que concluiría en 1957 con la adopción del Convenio número 107 “Relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes”.³⁷

El enfoque de ese Convenio era facilitar la integración de las personas indígenas en el mercado laboral a través de la eliminación de la discriminación y de la mejora de la formación profesional.³⁸ No obstante, la perspectiva desde la que fue planteado reforzaba y defendía abiertamente la noción de la superioridad natural del occidente sobre las personas indígenas.³⁹ Particularmente, este instrumento consideraba que entre las labores de los Estados Parte estaba integrar debidamente a las personas indígenas a la sociedad civilizada. Así, en su artículo 2° señala que “incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países”.⁴⁰

A pesar de que la concepción de las comunidades indígenas fue planteada en términos de erradicación y asimilación de patrones, el Convenio núm. 107 de la OIT logró colocar en la agenda internacional la discusión sobre los derechos indígenas y reconocer como una

³⁶ Véase Asborn Eide, “Los pueblos indígenas, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y la adopción de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” en *El Desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Dinamarca, 2010.

³⁷ OIT, *Convenio número 107 Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los países independientes*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1957.

³⁸ Véase Asborn Eide, *op. cit.*, p.13.

³⁹ Véase Anne Sophie Berche, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁰ OIT, *Convenio número 107 Relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1957. Artículo, 2.

causa subyacente de la vulnerabilidad de estos pueblos la generalizada y sistemática privación de sus tierras y territorios tradicionales.⁴¹

Ya en la década de los ochenta, el empuje del movimiento indígena en relación con el reconocimiento a su autonomía y libre determinación tornó insostenible la visión de integración y paternalismo del derecho internacional.⁴² En 1982, el Consejo Económico y Social de la ONU autorizó a la Comisión de Derechos Humanos la creación del Grupo de Trabajo de Poblaciones Indígenas, que por años fue el principal foro que reunió a representantes de organismos internacionales, expertos y organizaciones indígenas.⁴³

Simultáneamente, la OIT inició una revisión de su Convenio 107 basándose en la nueva perspectiva de una mayor autonomía para los pueblos indígenas, el reconocimiento de su control colectivo sobre la tierra y los recursos naturales. La revisión de este Convenio devino en la necesidad de elaborar un nuevo instrumento internacional: el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales adoptado en 1989.⁴⁴

En la actualidad, el Convenio 169 es el único instrumento jurídico vinculante sobre derechos de los pueblos indígenas y su adopción se considera un salto cualitativo en tanto se les reconoce plenamente como sujetos de derechos.⁴⁵ Asimismo, es atípico porque, a diferencia de otros convenios de la OIT, involucró la participación de actores no gubernamentales distintos de las orga-

⁴¹ Véase Asborn Eide, *op. cit.*, p.13.

⁴² Véase Mikel Berraondo, *op. cit.*, p. 21.

⁴³ Véase ONU, *Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas*, aprobado en su resolución E/RES/1982/34, Ginebra, 1982.

⁴⁴ Véase ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Sexagésimo primer período de sesiones, resolución aprobada por la Asamblea General en su resolución A/RES/61/295, Ginebra, 2000.

⁴⁵ Véase Anne Sophie Berche, *op. cit.*, p. 41.

nizaciones de trabajadores o empleadores, es decir, las organizaciones indígenas.⁴⁶

En el año 2006, se adoptó la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. A la fecha es considerado el instrumento internacional más completo sobre los derechos de los pueblos indígenas pues reafirma que poseen todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional y reconoce que son titulares de derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos.⁴⁷

Desde luego, vale la pena mencionar que el proceso internacional de reconocimiento de los pueblos indígenas también ocasionó efectos a nivel nacional y regional que culminaría en un proceso de constitucionalización de su derechos en distintos países de América Latina,⁴⁸ mismo que es considerado por Mauricio García Villegas como uno de los fenómenos socio-jurídicos más trascendentales de la historia reciente de la región relacionado con las comunidades indígenas.⁴⁹

En Ecuador, la Constitución de 1998 reconoció expresamente los derechos de los pueblos indígenas;⁵⁰ en Venezuela, los derechos de los pueblos indígenas fueron incluidos en la Constitución de 1999;⁵¹

⁴⁶ Véase Virginia Leary, *La utilización del Convenio no. 169 de la OIT para proteger los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Colección Pueblos Indígenas y Derechos humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Primera Edición, Costa Rica, 1999, p. 18.

⁴⁷ Véase ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sexagésimo primer período de sesiones, aprobada por la Asamblea General, A/RES/61/295, Ginebra, 2006, Preámbulo.

⁴⁸ Véase Ángela Santamaría, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁹ Véase Mauricio García Villegas, *Sociología crítica y del derecho*, Editorial Fontamara, México, 2009, p. 289.

⁵⁰ La nueva Constitución del Ecuador, adoptada por la Asamblea Constituyente en 2008 reconoce los derechos de pueblos y comunidades indígenas en su capítulo cuarto.

⁵¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Capítulo VIII.

en Colombia, se reformó la Constitución en 1991.⁵² En México, el movimiento indígena Zapatista –considerado el más prominente de la región– formuló como el punto central de su plataforma política e inmediata el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas,⁵³ mismo que se alcanzaría hasta el año de 2001.⁵⁴

Otra aportación importante para el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derechos lo constituye la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que ésta ha desarrollado algunos derechos específicos de los diversos instrumentos internacionales pertenecientes al corpus juris de derecho internacional de los derechos humanos de pueblos indígenas.

A través de este proceso, las comunidades indígenas dejaron de ser solamente una simple sumatoria de sujetos individuales pues fueron reconocidos como sujetos colectivos de derechos fundamentales.⁵⁵ Sin embargo, el hecho de que los reclamos indígenas obtuvieran una ubicación dentro del universo jurídico devino en la

⁵² Constitución Política de Colombia, artículo 68.

⁵³ En el marco del diálogo celebrado entre el EZLN y el gobierno federal para lograr un Acuerdo de Concordia y Pacificación con Justicia y Dignidad, celebrado en la sede de San Andrés, Chiapas, destaca el pronunciamiento conjunto que enviaron a las instancias de debate y decisión nacional: “Este pronunciamiento contiene los principios y fundamentos necesarios para la construcción de un pacto social integrador de una nueva relación entre los pueblos indígenas, la sociedad y el Estado (...) El establecimiento de la nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado, tiene como un punto de partida necesario la edificación de un nuevo marco jurídico nacional y en las entidades federativas. El gobierno federal asume el compromiso de impulsar, entre otras cosas, el reconocimiento en la Constitución Política nacional de demandas indígenas”.

⁵⁴ Como consecuencia, principalmente, de la lucha zapatista el 14 de agosto de 2001 se publicaría la reforma más importante en materia de derechos indígenas en México. Véase Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1º, se reforma el artículo 2º, se deroga el párrafo primero del artículo 4º; y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicado en el Diario Oficial el 14-07-2001.

⁵⁵ Véase Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-601/11.

necesidad de consolidar un esquema conceptual desde donde pudieran ser comprendidas sus demandas.⁵⁶

En particular, frente al fenómeno del reconocimiento de las comunidades indígenas el modelo de derechos individuales se tornó insuficiente, máxime cuando el reconocimiento de las comunidades generaba tensiones con los valores del Estado liberal. En este marco, el derecho a la identidad cultural abre la posibilidad a aceptar que existen formas complejas de individualidad que no pueden ser eliminadas buscando la asimilación o pertenencia absoluta de todas las comunidades a un sólo grupo o cultura.

III. EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL

1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA IDENTIDAD CULTURAL

En el seno del debate multicultural, se encuentra el problema de la construcción de la identidad, en el cual, mientras los sujetos reclaman el poder descubrir y expresar, sin injerencias externas su identidad desde un plano individual; las comunidades indígenas expresan la necesidad de defender y promover su identidad colectiva.⁵⁷

La teoría liberal concibe a los sujetos como separados unos de otros y de su comunidad, lo cual repercute en la construcción de la identidad pues no se reconocen los profundos vínculos que unen a los individuos con su comunidad; además, se muestra un tipo de sujeto que posee una identidad individualizada, es decir, “que es particularmente mía, y que yo descubro en mí mismo”.⁵⁸

Desde luego, esta perspectiva individualista se opone abiertamente a la cosmovisión indígena, donde la identidad no se cons-

⁵⁶ Véase Juan Manuel Salgado, *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*, Segunda Edición, Argentina, 2010, p. 32.

⁵⁷ Véase Sebastián Kauffman, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁸ Véase Rubén Benedicto, “Liberalismo y comunitarismo: un debate inacabado” en *STVDIVM Revista de Humanidades*, número 16, México, 2010, p. 119.

truye desde el individuo, sino que se forma gracias a una dinámica continua de interrelaciones que permite a las personas definir su propio reconocimiento como indígenas.⁵⁹

La teoría comunitaria plantea como alternativa la primacía de la comunidad, en la que la propia identidad no viene dada de forma particular, sino por la pertenencia a una colectividad.⁶⁰ La propuesta del comunitarismo es que la identidad se encuentra profundamente marcada por nuestra pertenencia a ciertos grupos, ya que nacemos insertos en ciertas comunidades y prácticas sin las cuales dejaríamos de ser quienes somos,⁶¹ por lo cual, defiende la importancia que posee la comunidad en la configuración de la identidad personal.⁶²

La construcción de la identidad indígena trasciende la esfera individual, puesto que las personas definen su identidad e incluso su pertenencia a determinado grupo desde la suma de todas aquellas actividades y elementos materiales, espirituales y culturales que comparten con otros individuos y que distinguen a su comunidad de cualquier otra.⁶³ Por ello, la perspectiva comunitaria ofrece una alternativa bastante aceptada sobre la construcción de la identidad individual y al mismo tiempo reconoce la existencia de una dimensión colectiva de la identidad, que será relevante para la configuración de la identidad cultural de las comunidades indígenas.

En el contexto de los pueblos y comunidades indígenas, la identidad se construye gracias al conjunto de elementos culturales por el cual las personas y el propio grupo se definen, manifiestan y son reconocidos. Tales referencias culturales que las y los integrantes de una comunidad comparten y transmiten de una generación a otra,

⁵⁹ Véase Karina Vargas, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁰ Véase Rodrigo Juárez, “El concepto de ciudadanía en el comunitarismo” en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 23, julio-diciembre 2010, México, p. 49.

⁶¹ Véase Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Colección Estado y Sociedad, España, 1999, p. 43.

⁶² Véase Rubén Benedicto, *op. cit.*, p. 212.

⁶³ Véase Rodolfo Stavenhagen, *op. cit.*, p. 179.

dan origen a una identidad colectiva basada en la cultura, es decir, la identidad cultural.

En otras palabras, la noción de identidad cultural⁶⁴ surge a partir de la conciencia y voluntad del grupo de preservar todos sus rasgos culturales,⁶⁵ mismos que operan como un agente de diferenciación en la medida que son características que les hacen distintos a la sociedad “mayoritaria” o “hegemónica”.⁶⁶

Charles Taylor señala que la identidad puede ser definida, principalmente, en términos lingüísticos, pues el lenguaje ofrece significados que permiten a los individuos volverse inteligibles frente a ellos mismos y frente al resto de la comunidad.⁶⁷ El lenguaje, además de servir para la determinación de cierta identidad individual, constituye un fenómeno social que solo se estructura y mantiene en contextos grupales o comunitarios, por lo que permiten a una comunidad la configuración de cierta identidad de naturaleza colectiva.⁶⁸

Precisamente, es el caso de las comunidades y pueblos indígenas, quienes a partir de su historia, lengua, cultos, técnicas ancestrales, tradiciones artísticas, instituciones propias, regímenes jurídicos y de administración de justicia, territorios y hábitat y todos los elementos propios de su cultura configuran una identidad propia y colectiva.⁶⁹

Previo a profundizar en la naturaleza jurídica del derecho a la identidad cultural, vale la pena acotar la necesidad de asumir una concepción de la cultura compatible con las comunidades indígenas,

⁶⁴ Véase Osvaldo Ruíz Chiriboga, “El Derecho a la Identidad Cultural de los Pueblos Indígenas y las Minorías Culturales” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 118. UNAM –IIJ, p.2.

⁶⁵ Véase Corte Constitucional Colombiana Sentencia T-282/11.

⁶⁶ Corte Constitucional Colombiana Sentencias: T-380/ 93, SU-039/97, SU-510/98 y T-282/11.

⁶⁷ Pérez Sergio Barahona, *op. cit.*, p, 64.

⁶⁸ Véase Andrés Mercado, “Charles Taylor: de la auto interpretación a la participación política” en *Anuario Filosófico*, número XXXVI, Universidad de Navarra, España, 2003, p. 442-445.

⁶⁹ Véase Corte Constitucional Colombiana Sentencia T 349/96.

es decir, en términos de una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo indispensable para su determinación, desarrollo e incluso para su propia existencia como colectivo.⁷⁰

Al respecto, Stavenhagen pugna porque la cultura sea entendida en un sentido antropológico e inherente a los grupos humanos, no solo como un conjunto de expresiones humanas. Asimismo, afirma que los derechos humanos se inscriben hoy en día “en el marco del relativismo cultural y apuntan hacia la definición de derechos humanos colectivos”.⁷¹ En tal entendido, y más allá de proteger una cultura universal o general, sostiene que cada grupo tiene derecho a mantener y desarrollar su propia cultura, sea cual fuere la forma en que se inserta o se relaciona con las demás culturas.⁷²

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL

Es posible definir el derecho a la identidad cultural como el derecho de todo grupo étnico y de sus integrantes a pertenecer a una determinada cultura, ser reconocido como diferente, conservar su propia cultura y a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente o ser asimilado involuntariamente;⁷³ lo que incluye, el derecho del individuo y de un grupo a definirse, a manifestarse y a participar en la vida colectiva de acuerdo a un conjunto particular de referencias culturales.⁷⁴

⁷⁰ Véase Voto razonado del Juez Cançado Trindade, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

⁷¹ Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, p. 177.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Véase Osvaldo Ruíz Chiriboga, *op. cit.*, p.13.

⁷⁴ Véase ONU, Consejo Económico y Social, *Los derechos culturales*, adoptada en la cuadragésima sesión, Resolución E/C.12/40/16, Ginebra, 2009.

Así, se encuentra reconocido en algunos instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Artículo 33.1);⁷⁵ la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 30);⁷⁶ y el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Artículo V).⁷⁷

De igual manera, es reconocido en varias constituciones de América Latina y aunque no se encuentra explícitamente consagrado en la Convención Americana ha sido ampliamente desarrollado y *crystalizado*⁷⁸ por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷⁹

El derecho a la identidad cultural, de igual forma que otros derechos de las comunidades indígenas, tiene una naturaleza dual consistente en la interconexión entre derechos individuales y co-

⁷⁵ ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sexagésimo primer período de sesiones, Resolución A/RES/61/295, aprobada por la Asamblea General, Ginebra, 2006.

⁷⁶ ONU, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Adoptada por la Asamblea General, resolución 44/25, Ginebra, 1990.

⁷⁷ OEA, *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su sesión 1333^a, EUA, 1997.

⁷⁸ Véase Cançado Trindade, Trindade, “The right to cultural identity” in *Multiculturalismo and international law*, Edited by Sienho Yee and Jacques-Yvan Morin. Martinus Nijhoff Publishers. EUA, 2009, p. 473.

⁷⁹ Véase Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr., 217; Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250., párr., 177; Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91; Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

lectivos.⁸⁰ Esto quiere decir que su titularidad no sólo recae en la comunidad como ente colectivo, sino también en sus integrantes puesto que otorga una protección tanto en una dimensión colectiva a la comunidad como sujeto de derechos y al mismo tiempo, a fin de preservar el derecho de esa colectividad, también reconoce como titular al individuo.⁸¹

Desde una perspectiva individual, la determinación de este derecho implica poseer conciencia que se comparten ciertas creaciones, instituciones y comportamientos colectivos con el grupo al cual se pertenece y que no se encuentran fuera del mismo.⁸² En una vertiente colectiva, se materializa en la medida en que las comunidades que no ostentan los valores culturales de la sociedad mayoritaria⁸³ pueden ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia cosmovisión y manera de ver el mundo.⁸⁴

Por último, es importante recalcar que ambas vertientes son especialmente relevantes para la protección de los distintos subgrupos existentes en toda comunidad que requieren de cierta protección reforzada y diferenciada para preservar o incluso rechazar los rasgos culturales de su grupo (mujeres, jóvenes, personas con discapacidad). Por ejemplo, tratándose de niñas y niños indígenas se reconoce que, de acuerdo con su cosmovisión, requieren formarse y

⁸⁰ Véase CIDH, *Situación de los derechos humanos de las personas y pueblos indígenas en las Américas*, Informe de Carlos M. Ayala Corao, Relator Especial sobre Derechos de Pueblos Indígenas 1996-1999, p.1.

⁸¹ Véase Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-380/93.

⁸² Véase Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-778/05; Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-282/11.

⁸³ Por ejemplo, en el caso *López Álvarez vs. Honduras* la Corte Interamericana reconoció el empleo de una lengua constituye un dato específico de la identidad cultural, pues se trataba de la lengua correspondiente a un grupo que constituye una minoría con presencia cultural propia en la sociedad nacional hondureña. Véase Corte IDH. Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

⁸⁴ Véase Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-380/93.

crecer dentro de su entorno cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma.⁸⁵

3. LA IMPORTANCIA Y FUNCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN EL MARCO DE UN ESTADO MULTICULTURAL

La identidad cultural además de ser reconocida como derecho fundamental es un principio de interpretación que permite definir el alcance de todos los derechos de las comunidades indígenas bajo el entendimiento de que los sujetos protegidos tienen una cosmovisión distinta a la de la sociedad mayoritaria.⁸⁶

La Corte Interamericana ha determinado que el respeto a este derecho, en sus distintas manifestaciones reconocidas dentro de la protección –y a la vez dentro de las limitaciones– que brinda la Convención, es fundamental para poder hacer efectivos los derechos de las comunidades indígenas.⁸⁷

En el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku,⁸⁸ la Corte IDH constató que el Estado de Ecuador había celebrado varios

⁸⁵ Véase Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250., párr. 177.

⁸⁶ Véase Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-465/12.

⁸⁷ “En lo que respecta a la Convención Americana, el derecho a la identidad cultural no se encuentra establecido expresamente, pero ha sido reconocido a partir de una interpretación evolutiva del contenido de los derechos consagrados en los artículos 1.1, 5, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 21, 23 y 24 del mismo, dependiendo de los hechos del caso concreto. Aunque debe puntualizarse que no siempre que se vulnera uno de dichos artículos se estaría afectando el derecho a la identidad cultural”. Véase Voto Parcialmente Disidente del Juez A. Abre Burelli, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs, Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

⁸⁸ El territorio del Pueblo Sarayaku se encuentra ubicado en la región amazónica del Ecuador, en el área del bosque tropical. Las personas indígenas de Sarayaku subsisten de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales.

convenios con empresas transnacionales sobre el territorio de dicho pueblo sin obtener su consentimiento. Desde la cosmovisión del Pueblo Sarayaku, a diferencia de la concepción occidental de propiedad privada, el territorio está ligado a un conjunto de significados: la selva es viva y los elementos de la naturaleza tienen espíritus (*supay*), que se encuentran conectados entre sí y cuya presencia sacraliza los lugares.⁸⁹

En tal entendido, la Corte Interamericana reconocería que su noción de propiedad forma parte de su identidad cultural como pueblo indígena, y a su vez, señalaría que el reconocimiento de dicho derecho es vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención. Así, interpretando el derecho a la propiedad privada desde la propia identidad del pueblo Sarayaku, determinaría la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización.⁹⁰

Entre otros de los derechos fundamentales de los cuales gozan las comunidades indígenas relacionados con la protección de su identidad cultural, se encuentra el derecho a la consulta previa y el derecho a una educación que respete y desarrolle su identidad

Las decisiones sobre temas de especial trascendencia para el Pueblo se toman en la tradicional Asamblea comunitaria, denominada *Tayjasaruta*. Además, se encuentra organizado bajo un Consejo de Gobierno integrado por líderes tradicionales de cada comunidad (*kurakas* o *varayuks*), autoridades comunitarias, ex dirigentes, mayores, sabios tradicionales (*yachaks*) y grupos de asesores y técnicos de la comunidad.

⁸⁹ Véase Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 200-219.

⁹⁰ Véase Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 217.

(educación intercultural bilingüe)⁹¹ mismos que solo pueden ser entendidos “en función del grupo al que pertenecen”.⁹²

Simultáneamente, la idea que subyace en la protección del derecho a la identidad cultural es el reconocimiento de que el Estado no puede imponer ninguna perspectiva cultural sobre las personas, sino reconocer y acomodar todas las culturas que lo habitan.⁹³ En el marco de sociedades multiculturales, si el Estado elige proteger solamente una de las perspectivas culturales estaría enviando el mensaje de que las perspectivas no favorecidas son menos valiosas, lo cual contribuiría al debilitamiento e incluso desaparición de las culturas no favorecidas.⁹⁴

Ahora bien, Boaventura De Sousa Santos propone que, para trascender del pretendido universalismo de los derechos humanos y eventualmente alcanzar una noción mestiza de los mismos, es imperativo promover un diálogo intercultural en torno a la concepción de la dignidad humana. En este sentido, afirma que “una de las tareas más cruciales en la construcción de una concepción multicultural de los derechos humanos es elevar la conciencia de la incompletud cultural a su máximo posible”.⁹⁵

En mi opinión, el derecho a la identidad cultural plantea precisamente la posibilidad de establecer un diálogo intercultural capaz de

⁹¹ La EIB permite el mantenimiento, revitalización y desarrollo de las lenguas indígenas, y a su vez favorece la adquisición, fortalecimiento y consolidación de idioma español. Así, reconoce y atiende la diversidad cultural y lingüística de las comunidades indígenas mediante el respeto de las diferencias en el ámbito de la educación. Véase Secretaría de Educación Pública. *Lineamientos Generales para la Educación Intercultural Bilingüe para las niñas y niños indígenas*, Dirección General de Educación Indígena de la Subsecretaría de Educación Básica y Normal, México, 1999., p. 46

⁹² Véase Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-116/11.

⁹³ Véase Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-063/10.

⁹⁴ Véase Bonilla, Daniel *op. cit.*, p. 217.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 69.

trazar estándares mínimos de tolerancia para proteger los diferentes sistemas de valores culturales que coexisten en el Estado.

Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado que solo el respeto a la autonomía de las comunidades indígenas hará posible su supervivencia cultural, por lo que será necesario que el intérprete al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto atienda siempre a la regla de “la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas”.⁹⁶

La maximización de la autonomía de las comunidades indígenas afirma que las restricciones a la cosmovisión indígena deben ser necesarias para proteger derechos de mayor jerarquía. Se trata de una regla que busca ponderar los valores del Estado liberal con el interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación.⁹⁷

En este sentido, y bajo el entendido de que la supervivencia de las comunidades está sujeta a que puedan proyectar sus costumbres hacia el futuro, el Estado debe garantizar la preservación de todas las expresiones de la identidad cultural de una comunidad indígena, ya sea desde la posibilidad de educar a las y los niños en su propio idioma hasta poder juzgar a sus integrantes según sus tradiciones.

Hasta ahora, salvo en algunas excepciones, se reconoce que el incumplimiento de estas obligaciones genera afectaciones a los derechos individuales de personas indígenas, tales como a la integridad física o el derecho a la vida. Sin embargo, asegurar la congruencia del pleno reconocimiento de las comunidades indígenas en tanto sujetos de derechos implicaría aceptar la existencia de una integridad colectiva de las comunidades indígenas que tiene como base la configuración de su identidad cultural.

⁹⁶ Véase Corte Constitucional Colombiana T-523/97.

⁹⁷ En específico, implica que sólo serían admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: “a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía; y b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”. Véase Corte Constitucional Colombiana T-254 de 1994, T-349 de 1996 y SU-510 de 1998.

IV. CONSIDERACIONES FINALES: ELEMENTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD CULTURAL

Las comunidades indígenas son auténticos sujetos colectivos de derechos, por lo que la protección de sus derechos e intereses no debe subsumirse a las personas que la integran. En tal medida, el hecho de que puedan sufrir afectaciones diferenciadas a la de los individuos implicaría reconocer no solo un derecho fundamental a conservar la integridad de sus culturas para sobrevivir, sino también la posibilidad de reclamar como colectivo los detrimentos en su integridad. Es decir, las personas indígenas no solo deberían gozar en condiciones de igualdad de los mismos derechos que la sociedad mayoritaria, sino que es esencial que se les reconozca la posibilidad como grupos de coexistir con la sociedad y otras culturas en términos del reconocimiento a su identidad cultural. Por ello, el hecho de que una comunidad sea directamente menoscabada en su integridad por la trasgresión a su cultura, exigiría también que se le otorgue la personalidad sustantiva para reclamar como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirlos.⁹⁸

1. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA INTEGRIDAD CULTURAL DESDE EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL

Una conceptualización más amplia de la integridad, acorde con la cosmovisión indígena, requiere aceptar la identidad cultural como un elemento esencial para que las comunidades puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo pues funciona como una vía de abordaje para lograr una interpretación de los derechos coherente con las demandas indígenas.⁹⁹

⁹⁸ Véase Corte Constitucional de Colombia Sentencia 143/2010.

⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-380/93.

Como he mencionado, la identidad cultural es el conjunto de elementos culturales por el cual las personas y el propio grupo se definen, manifiestan y son reconocidos. Su naturaleza como método de interpretación implica repensar los derechos desde la mirada indígena. Por ello, valdría la pena acotar que la diversidad en características entre las comunidades indígenas no debilitaría la configuración de la integridad cultural. Por el contrario, conduciría justamente a la comprensión de que como derecho requiere interpretaciones diferentes en diferentes entornos.

En este orden de ideas, y con el fin de demostrar los alcances de la identidad cultural, resultan ejemplificativos los casos de las comunidades indígenas *Yakye Axa y Sawhoayamaxa vs. Paraguay*,¹⁰⁰ donde el Tribunal Interamericano tomó en consideración la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales como un elemento de la identidad cultural indígena a fin de dotar un mayor alcance al derecho reconocido en artículo 21 de la CADH (Propiedad Privada) hasta entonces restringido a la protección de la propiedad privada en sentido estricto. En particular, el Tribunal Interamericano determinó que:

[...] los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de

¹⁰⁰ Las comunidades indígenas Yakye Axa y Sawhoayamaxa habitaron desde hace varios siglos el Chaco Paraguayo, sin embargo, desde los años 30's sufrieron la transferencia de sus tierras a terceros que las fraccionaron y ocuparon su mano de obra en condiciones precarias. Con el transcurso del tiempo la comunidad Yakye Axa se vio forzada a asentarse al borde de una carretera, en donde vivió bajo extremas condiciones de pobreza, pues no podían acceder a la tierra que les pertenecía para cultivar o cazar. Por su parte los miembros de la comunidad Sawhoayamaxa se dispersaron en varios asentamientos ubicados también al costado de la carretera que une las localidades de Pozo Colorado y Concepción, en una situación similar a la de la comunidad Yakye Axa. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoayamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146

que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.

En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.¹⁰¹

De esta forma, desde la identidad cultural, la determinación del alcance y contenido del derecho a la integridad implicaría reconocer la significación colectiva de la cultura como un elemento de supervivencia para el grupo, ya que los atentados o trasgresiones contra la misma no ocasionan los mismos perjuicios en el individuo y en el grupo.

Es decir, si bien la cultura proporciona al individuo la posibilidad de generar un sentido de pertenencia e identificación con una comunidad determinada, lo cierto es que para las comunidades indígenas constituye el sustrato de su subsistencia porque conjunta los elementos básicos que, en su totalidad, permiten mantener la cohesión como grupo social. En este sentido, si no se garantiza la posibilidad del grupo étnico a conservar libre de injerencias todo el conjunto de atributos por los que define, manifiesta y es reconocida su identidad cultural, es posible que se coloque en riesgo su propia

¹⁰¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146

existencia, mientras que para el individuo implicarían solamente trasgresiones a su posibilidad de autodefinirse.

Ahora bien, en las sentencias de los casos *masacre Plan de Sánchez*¹⁰² y *masacre Río Negro vs. Guatemala*,¹⁰³ la Corte IDH brindaría elementos para un nuevo abordaje de la integridad en un sentido colectivo. En particular, porque se encontró frente a la necesidad de pronunciarse sobre las consecuencias que tuvieron diversos ataques militares para la supervivencia de la cultura maya en Guatemala.

En el caso *masacre Plan de Sánchez*, el Tribunal Interamericano comprobó todo un conjunto de agresiones dirigidas a erradicar a

¹⁰² Este caso se desarrolló en un contexto de guerra de destrucción y erradicación de comunidades indígenas mayas identificadas por el ejército de Guatemala como “enemigos internos”, pues consideraba que constituían o podían constituir la base social de la guerrilla. En específico, el 18 de julio de 1982 en la comunidad Plan de Sánchez, compuesta por personas indígenas del pueblo maya, se cometió una matanza de doscientos ochenta y seis personas por parte de un comando armado constituido por el Ejército guatemalteco y paramilitares integrantes de las Patrullas de Autodefensa Civil., plan de Sánchez, fueron víctimas de masacres que además de las afectaciones individuales significaron la destrucción completa de sus comunidades, viviendas, ganado, cosechas y otros elementos de supervivencia, su cultura, el uso de sus propios símbolos culturales, sus instituciones sociales, económicas y políticas, sus valores y prácticas culturales y religiosas como comunidad indígena. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, p. 11-13.

¹⁰³ El caso versa sobre cinco masacres cometidas en contra de la comunidad indígena de Río Negro, que además de graves costos humanos, materiales, institucionales y morales, ocasionaron afectaciones particulares a la comunidad indígena por la desaparición de su cultura. En particular, el desplazamiento forzoso y posterior reasentamiento implicó la pérdida de la relación que la comunidad tenía con la naturaleza, de la celebración de las fiestas tradicionales ligadas a la agricultura y el agua, del contacto con sus principales lugares sagrados y cementerios, que eran referentes culturales de los ancestros y de la historia de su pueblo, de sus líderes y guías espirituales, así como de los elementos materiales para la producción artesanal y musical, y del idioma Maya Achí. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250., párr, 55-102.

esta comunidad maya a través de la destrucción de las formas tradicionales de transmisión de su cultura.

La Corte Interamericana demostró que, en los quince años posteriores a la masacre de la comunidad maya Plan de Sánchez y como consecuencia de la represión por parte de autoridades, los familiares de las víctimas no habían podido celebrar el ritual de despedida de sus familiares conforme a sus costumbres;¹⁰⁴ también que con la muerte de mujeres y personas adultas mayores –transmisores orales de la cultura maya– los conocimientos no pudieron ser transmitidos a las nuevas generaciones; y que la militarización a la que fueron sometidos los sobrevivientes de la masacre, especialmente los jóvenes, ocasionó la pérdida de la fe en las tradiciones de sus antepasados¹⁰⁵ que incluso significó un proceso de asimilación que provocó que las afectaciones se extremaran “gravísimas”, ya que fueron obligados a incorporarse a los agresores como si fueran integrantes de aquél grupo y no de su comunidad.¹⁰⁶

Precisamente, teniendo en consideración que los perjuicios trascendían del plano individual, el Tribunal Interamericano determinaría medidas de reparación a favor de la comunidad:

[...] Dado el daño ocasionado tanto a los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez como a los miembros de las comunidades de Chipuerta, Joya de Ramos, Raxjut, Volcanillo, Coxojabaj, Las Tunas, Las Minas, Las Ventanas, Ixchel, Chiac, Concul y Chichupac, por los hechos del presente caso, este Tribunal dispone que el Estado debe desarrollar en dichas comunidades, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región o municipio, los siguientes programas: a) estudio y difusión de la cultura maya aquí en las comunidades afectadas

¹⁰⁴ Véase Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones*. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116., párr. 49-50.

¹⁰⁵ *Ibidem*

¹⁰⁶ Véase Voto Razonado Juez Sergio García Ramírez en el caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones*. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116., párr.1-5.

a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal de Rabinal; c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades.¹⁰⁷

Por otra parte, en la sentencia del caso *Masacre de Río Negro vs. Guatemala* la Corte Interamericana consideró que la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales no solo es un elemento integrante de su cosmovisión y religiosidad, sino también de su integridad cultural:

Esta Corte ya ha señalado que la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales no estriba solamente en que constituyen su principal medio de subsistencia, sino un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su *identidad o integridad cultural*, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática, como la de Guatemala.¹⁰⁸

Por consiguiente, al momento de pronunciarse sobre las reparaciones también añadiría medidas tendientes al rescate de la cultura maya Achí. Particularmente, en el párrafo 285, la Corte estableció que las condiciones de vida en la colonia de los familiares desplazados (Pacux) generaron un perjuicio a la integridad cultural de la comunidad de Río Negro que impactaron lesivamente en cosmovisión y cultura maya:

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones*. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116., párr. 110.

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250., párr. 160. 1 [N. E. Las cursivas son del autor.]

Como ha sido establecido en la presente Sentencia, la exhumación e identificación de las víctimas fallecidas forma parte del deber de investigar. Pero, asimismo, se indicó que esta obligación debe ser llevada a cabo ex officio por el Estado. En tal sentido, independientemente de las investigaciones y procesos judiciales abiertos o que en el futuro realice el Estado, subsiste la obligación de este de realizar, de oficio, una búsqueda efectiva del paradero de las víctimas de este caso desaparecidas forzosamente o presuntamente ejecutadas, ya que el derecho de sus familiares de conocer su paradero constituye una medida de reparación y, por lo tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer por sí mismo. *La localización e identificación de las víctimas devela una verdad histórica que contribuye a cerrar el proceso de duelo de la comunidad maya Achí de Río Negro; aporta a la reconstrucción de su integridad cultural; enaltece la dignidad de las personas desaparecidas o presuntamente ejecutadas y la de sus familiares, quienes han luchado durante décadas por encontrar a sus seres queridos, y sienta un precedente para que violaciones graves, masivas y sistemáticas, como las ocurridas en este caso, no vuelvan a suceder.*¹⁰⁹

C.1.4.2. Proyecto para el rescate de la cultura maya Achí

285. En esta Sentencia (supra párrs. 160 a 162), la Corte estableció que las condiciones de vida en la colonia de Pacux han generado un perjuicio a la integridad cultural de la comunidad de Río Negro, impactando lesivamente la cosmovisión y cultura maya Achí, así como las posibilidades de sus habitantes de ejercer sus actividades laborales y prácticas espirituales tradicionales. En consecuencia, la Corte le ordena al Estado diseñar e implementar, dentro de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, un programa para el rescate de la cultura maya achí. Para tal efecto, en el plazo de tres meses, el Estado, en consulta con las víctimas y sus representantes, deberá diseñar un cronograma con metas de corto y mediano alcance para dar total cumplimiento a esta medida dentro del plazo

¹⁰⁹ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250., párrs. 160 a 162. [N. E. Las cursivas son del autor.]

establecido para ello. Dicho programa estará dirigido a rescatar, promocionar, divulgar y conservar los usos y costumbres ancestrales, basado en los valores, principios y filosofías del pueblo maya achí y, particularmente, de la comunidad de Río Negro. Dicho programa deberá generar un espacio para promover las expresiones artísticas, lingüísticas y culturales de la comunidad. El diseño y ejecución de este programa deberá contar con la participación activa de los miembros de la comunidad de Río Negro y sus representantes.¹¹⁰

En estas sentencias es posible dilucidar algunos puntos importantes para el reconocimiento de una concepción amplia de la integridad y su reconocimiento como un derecho fundamental, pues la Corte su pronuncia sobre las afectaciones diferenciadas que encaran las comunidades indígenas distintas a la de sus integrantes, y por ende, otorga reparaciones como colectivo.

Por último, otro avance importante para el posible reconocimiento de la integridad cultural como derecho fundamental se encuentra en el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que entiende las formas tradicionales colectivas de control y uso de tierras, territorios, recursos, aguas y zonas costeras como condición necesaria para la supervivencia, organización social, desarrollo, bienestar individual y colectivo de las comunidades indígenas. Además, consagra la existencia de un vínculo entre la integridad cultural y patrimonio histórico y ancestral con la continuidad y supervivencia colectiva de las comunidades indígenas y del propio Estado:¹¹¹

¹¹⁰ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párrs. 165.

¹¹¹ Véase OEA, *Documento comparativo de trabajo entre el proyecto original de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas y las propuestas de los Estados*, Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por el Consejo Permanente de la Organización de Estado Americanos en su resolución GT/DADIN/doc.37/01, EUA, 2000.

Artículo VII. Derecho a la integridad cultural

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a su integridad cultural, y a su patrimonio histórico y arqueológico, que son importantes tanto para su supervivencia como para la identidad de sus miembros.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a restitución respecto a la propiedad integrante de dicho patrimonio de la que fueran despojados, o cuando ello no fuera posible, a la indemnización sobre bases no menos favorables que el estándar del derecho internacional.
3. Los Estados reconocen y respetan las formas de vida indígena, sus costumbres, tradiciones, formas de organización social, instituciones, prácticas, creencias, valores, vestimentas, y lenguas.¹¹²

V. CONCLUSIÓN

En mi opinión, el reconocimiento del derecho a la integridad cultural estaría estrechamente asociado con la necesidad de repensar los derechos fundamentales desde la cosmovisión indígena y con su reconocimiento efectivo como sujetos de derechos.

Como se ha expuesto, la diversidad cultural va más allá de aceptar el valor de la multiplicidad de expresiones e identidades culturales presentes en las sociedades contemporáneas, implica el reconocimiento jurídico y político de cada uno de los grupos que se ostentan como distintos dentro del Estado.

En Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional considera que el reconocimiento del derecho a la integridad étnica y cultural de los pueblos deriva de la protección legítima que la Constitución colombiana extiende a la diversidad cultural y a la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a las comunidades indí-

¹¹² OEA, *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, durante su 95º Período Ordinario de Sesiones, EUA, 1997.

genas como sujetos colectivos autónomos.¹¹³ Por consiguiente, el reconocimiento de este derecho como un fin legítimo ha permitido al mismo Tribunal reinterpretar los derechos fundamentales desde la cosmovisión indígena bajo la idea de que estos grupos están en la posibilidad de entablar un verdadero diálogo intercultural con los valores liberales del Estado Constitucional.¹¹⁴

De este modo, el derecho a la integridad cultural debería entenderse, en principio, como el derecho de todo grupo étnico a conservar su cultura libre de injerencias o afectaciones por parte de terceros. Sin embargo, su reconocimiento también debería imponer obligaciones de carácter positivo para el Estado a fin de que se adopten medidas para revertir la situación histórica de opresión y asimilación en que las comunidades indígenas están inmersas.

En este sentido, todo Estado que asuma un compromiso consecuente con el multiculturalismo, debería reconocer como finalidad legítima la preservación y supervivencia de las comunidades indígenas como colectivo —en tanto enriquecen la vida de una sociedad y tienen algo importante que decir a otras culturas— a fin de adoptar medidas para remediar el debilitamiento que sufrieron para su supervivencia en el pasado; para su protección frente a riesgos continuos en su futuro;¹¹⁵ así como para lograr el reconocimiento de la integridad cultural como un derecho inherente a las comunidades como sujetos colectivos de derechos.

¹¹³ Véase Corte Constitucional de Colombia Sentencia 143/2010.

¹¹⁴ Véase Corte Constitucional de Colombia Sentencias T-380/937; T-652/98; T-143/2012.

¹¹⁵ En relación con los derechos indígenas, Will Kymlicka trata de defender una política de la diferencia, pero desde una base que se encuentra firmemente ubicada dentro de la teoría de la neutralidad liberal. Así, por ejemplo, no reconoce que para ciertas poblaciones mantener la integridad de la cultura puede requerir la asignación de recursos., por lo que, se considera que no integra las demandas reales hechas por los grupos en cuestión con respecto a su meta de supervivencia. Will Kymlicka, *op. cit.*, p. 25.

En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la integridad cultural debería trascender de un plano meramente declarativo y plantearse como la posible superación de esta asimetría entre dos maneras distintas de ver el mundo y como una exigencia de reinterpretar los derechos fundamentales y sus garantías —a través de la identidad cultural indígena—. Para lo cual, se requiere su reconocimiento como un valor fundamental dentro de cualquier Estado Constitucional y Multicultural.

APUNTES SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA EN MÉXICO

CECILIA AZUARA¹

Un nuevo régimen de transparencia y acceso a la información está por implementarse en México. La Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública fue publicada el 4 de mayo de 2015 en el Diario Oficial de la Federación, y con la eventual adecuación de las leyes locales y el ordenamiento federal, se completará el marco normativo de primer nivel que permita hacer efectiva en su totalidad la reforma constitucional en materia de transparencia de 2014.

Después de casi treinta años de una acotada interpretación de lo dispuesto por el artículo 6º constitucional que desde 1977 previó que el derecho a la información debía ser garantizado por el Estado, la transparencia y el derecho de acceso a la información en México se desarrollaron vertiginosamente desde 2002, año en que se publicó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Desde entonces a la fecha, se presentaron muchos sucesos² e intentos de regresión,³ pero ha prevalecido en nuestro esquema de transparencia

¹ Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM.

² En 2006 la totalidad de las entidades federativas contaban con una Ley de Transparencia y Acceso a la Información. A partir de entonces, se dieron dos reformas constitucionales al artículo 6º, la primera cuyo propósito fue establecer los principios y bases mínimas a que debía sujetarse el derecho de acceso a la información con el fin de disminuir las asimetrías para su ejercicio, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2007. La segunda reforma constitucional otorgó autonomía constitucional al órgano garante y amplió su ámbito de competencia con el claro propósito de implementar un Sistema Nacional de Transparencia, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 2014.

³ Entre los intentos de retroceso más emblemáticos, está la iniciativa para reformar la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa,

una constante evolución hacia mecanismos más eficientes y uniformes para ejercer nuestro derecho. El modelo de transparencia mexicano ha sido ejemplo para países latinoamericanos y ha sido reconocido por el uso de la tecnología en favor de su implementación.

La nueva Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública desarrolla articuladamente los principios constitucionales que deben regir en la materia, establece los parámetros mínimos que deben seguirse para garantizar de manera efectiva el derecho de acceso a la información y una política de transparencia en todos los órganos del Estado Mexicano.

El nuevo Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales amplía sus facultades y su ámbito de competencia de manera importante. Se crea un Sistema Nacional de Transparencia, así como nuevas y más complejas obligaciones para los órganos y organismos del Estado mexicano. Se plantea un régimen sancionatorio mucho más estricto y se generan nuevos procedimientos de denuncia.

Estos apuntes tienen como propósito describir el nuevo régimen de transparencia que ha tenido lugar a partir de la reforma al artí-

promovida en 2006 por los entonces senadores Jorge Zermeño y Fauzi Hamdam, cuyo fin era anular la inatacabilidad de las resoluciones del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública para los sujetos obligados, otorgando competencia a ese Tribunal para conocer de impugnaciones que promovieran las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en contra de las resoluciones emitidas por el órgano garante del derecho de acceso a la información, a través de un juicio de lesividad. El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública realizó una importante campaña contra la reforma, la cual afortunadamente no prosperó pues atacaba dos de los principios fundamentales del derecho de acceso a la información: la sencillez y la expeditéz de los procedimientos. Destaca también la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales en 2008, la cual estableció la reserva absoluta y a perpetuidad de las averiguaciones previas, lo que en definitiva constituyó un retroceso pues el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública había otorgado acceso a versiones públicas de estos expedientes, en los que se omitía cualquier dato personal que permitiera identificar a los involucrados, esta reforma atentó contra las características que deben imperar en la reserva de información: debe ser temporal y debe atender a razones de interés público.

culo 6° constitucional de 2014, así como realizar una aproximación hacia las complejidades de su implementación.

En ese contexto, concluiré con algunas consideraciones que, a mi juicio, irán dando la pauta sobre las dificultades del nuevo régimen, sin menoscabo de los avances alcanzados para garantizar de manera más efectiva el derecho de acceso a la información.

I. ANTECEDENTES

El 7 de febrero de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en materia de Transparencia.

La reforma de mérito otorgó autonomía constitucional al entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, ampliando su competencia a todos los organismos constitucionales autónomos, los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como cualquier persona física, moral o sindicatos que reciban y ejerzan recursos públicos o realicen actos de autoridad en el ámbito federal. Este órgano garante también conocerá de los recursos que interpongan los particulares respecto de las resoluciones de los organismos autónomos especializados de los estados y del Distrito Federal que determinen la reserva, confidencialidad, inexistencia o negativa de la información, en los términos que establezca la ley. Asimismo, el órgano garante podrá atraer de oficio o a petición fundada del organismo garante equivalente en el estado o en el Distrito Federal, los recursos de revisión que por su interés o trascendencia así lo ameriten.

El caso de excepción es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues en términos de la reforma, los recursos de revisión interpuestos contra solicitudes de acceso a información, serán resueltos por un comité integrado por tres ministros; es decir, el INAI no

se constituye como autoridad para el máximo tribunal del país, a efecto de respetar justamente esa calidad.

Destaca que las resoluciones del organismo garante federal serán vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados. Sin embargo, el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal podrá interponer recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los términos que establezca la ley, sólo en los casos en los que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional conforme a la ley de la materia.

El artículo Segundo transitorio del Decreto previó que el Congreso de la Unión debería expedir la Ley General del artículo 6º constitucional, así como las reformas que correspondieran a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y demás ordenamientos necesarios en un plazo de un año, contado a partir de la fecha de publicación del citado Decreto.

Las legislaturas de las entidades federativas y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal también contarían con un plazo de un año, a partir de la entrada en vigor del Decreto, para armonizar su normatividad.

El pasado 4 de mayo se publicó en la edición vespertina del Diario Oficial de la Federación, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública –en adelante, la Ley General–. Dicho ordenamiento, en términos del artículo primero transitorio, entra en vigor al día siguiente de su publicación, no obstante se establece un régimen transitorio para su aplicación paulatina.

Ninguno de los demás ordenamientos ha sido reformado, por lo que aún no se completa el ciclo normativo que habrá de estar vigente para dar forma al nuevo régimen de transparencia.

A continuación se describen los aspectos más relevantes de la nueva Ley General.

II. LEY GENERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. DISPOSICIONES GENERALES

En términos del artículo 1, la Ley General tiene por objeto establecer los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicatos que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la federación, las entidades federativas y los municipios.

Entre los objetivos de la Ley General, destacan los de establecer las bases mínimas que regirán los procedimientos para garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información, establecer las bases y la información de interés público que se debe difundir proactivamente, regular la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, así como promover, fomentar y difundir la cultura de la transparencia en el ejercicio de la función pública, el acceso a la información, la participación ciudadana, así como la rendición de cuentas, a través del establecimiento de políticas públicas y mecanismos que garanticen la publicidad de información oportuna, verificable, comprensible, actualizada y completa, que se difunda en los formatos más adecuados y accesibles para todo el público, atendiendo en todo momento las condiciones sociales, económicas y culturales de cada región (artículo 2).

El Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, se transforma en el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

2. PRINCIPIOS Y BASES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

La Ley General desarrolla los principios y bases previstos en el artículo 6° constitucional, como el de gratuidad, máxima publicidad y expeditéz, entre otros. Asimismo, promueve que en la información que generan los sujetos obligados se use un lenguaje sencillo para cualquier persona y en la medida de lo posible, ésta sea accesible y traducida a lenguas indígenas. De igual forma, la Ley General establece que toda persona tiene derecho de acceso a la información sin discriminación por motivo alguno y que no se podrá condicionar el ejercicio de este derecho por motivos de discapacidad.

3. SISTEMA NACIONAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (SNT)

En términos de la Ley General se crea el SNT, conformado por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, los organismos garantes de las entidades federativas, la Auditoría Superior de la Federación, el Archivo General de la Nación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

El SNT tiene, entre sus funciones, establecer lineamientos, instrumentos, objetivos, indicadores, metas, estrategias, códigos de buenas prácticas, modelos y políticas integrales, sistemáticas, continuas y evaluables, tendientes a cumplir con los objetivos de la Ley; promover e implementar acciones para garantizar condiciones de accesibilidad para que los grupos vulnerables puedan ejercer, en igualdad de condiciones, el derecho de acceso a la información, así como coadyuvar en la elaboración, fomento y difusión entre los sujetos obligados de los criterios para la sistematización y conservación de archivos que permitan localizar eficientemente la información pública, de acuerdo a la normatividad en la materia.

Cabe señalar que de la Ley General no se desprende si los lineamientos que expida el SNT serán vinculantes para los sujetos obligados.

4. COMITÉS DE TRANSPARENCIA Y UNIDADES DE TRANSPARENCIA

Los comités de información se denominan en términos de la Ley General, comités de transparencia, mientras que las unidades de enlace son unidades de transparencia.

La Ley General establece requisitos que orientan la conformación de los comités de transparencia, sin señalar quiénes deben integrarlo.⁴ Se indica que los comités deben integrarse por un número impar, sus integrantes no deberán depender jerárquicamente entre sí y adoptarán sus determinaciones por mayoría.

Las funciones de los comités de transparencia son prácticamente las mismas que prevé la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, no obstante, entre las nuevas atribuciones, destaca la de ordenar, en su caso, a la áreas competentes que generen la información que derivado de sus facultades, competencias y funciones deban tener en posesión, o que previa acreditación de la imposibilidad de su generación, exponga de forma fundada y motivada las razones por la cuales en el caso particular no ejercieron dichas facultades, competencias o funciones.

En el caso de las unidades de transparencia, también se mantienen en lo general las funciones previstas por la Ley Federal para las unidades de enlace. Entre las nuevas atribuciones, cabe hacer notar que se les faculta para promover e implementar políticas de transparencia proactiva procurando su accesibilidad.

5. PLATAFORMA NACIONAL DE TRANSPARENCIA

En sustitución del Sistema INFOMEX y con un proyecto más ambicioso, el artículo 49 de la Ley General establece que los organismos garantes desarrollarán, administrarán, implementarán y pondrán en funcionamiento la plataforma electrónica que permita cumplir

⁴ Podría pensarse que la Ley Federal que eventualmente se expida, sí precise la integración de los Comités de Transparencia.

con los procedimientos, obligaciones y disposiciones señaladas en la propia Ley para los sujetos obligados y organismos garantes, de conformidad con la normatividad que establezca el SNT atendiendo a las necesidades de accesibilidad de los usuarios.

La Plataforma Nacional de Transparencia estará conformada por al menos los siguientes sistemas:

- a) Sistemas de solicitudes de acceso a la información
- b) Sistema de gestión de medios de impugnación
- c) Sistemas de portales de obligaciones de transparencia, y
- d) Sistema de comunicación entre organismos garantes y sujetos obligados.

La Ley General señala que deberá promoverse la publicación de información en datos abiertos⁵ y accesibles.

6. CULTURA DE TRANSPARENCIA Y APERTURA GUBERNAMENTAL

La Ley General establece que los sujetos obligados deberán cooperar con los organismos garantes para capacitar y actualizar de forma permanente a todos sus servidores públicos.

Los organismos garantes emitirán políticas de transparencia proactiva para incentivar a los sujetos obligados a publicar información adicional a la que establece como mínimo la Ley General. Estas políticas tendrán como propósito promover la reutilización de la información, considerando la demanda de la sociedad, identificada con base en las metodologías previamente identificadas.

⁵ Se entiende por datos abiertos en términos de la propia Ley General, los datos digitales de carácter público que son accesibles en línea que pueden ser usados, reutilizados y redistribuidos por cualquier interesado y que tienen las siguientes características: accesibles, integrales, gratuitos, no discriminatorios, oportunos, permanentes, primarios, legibles por máquinas, en formatos abiertos y de libre uso. Ver artículo 3, fracción VI de la Ley General.

Los organismos garantes en el ámbito de sus atribuciones, coadyuvarán con los sujetos obligados y representantes de la sociedad civil en la implementación de mecanismos de colaboración para la promoción e implementación de políticas y mecanismos de apertura gubernamental.

7. OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA

Se dispone que las obligaciones de transparencia deberán publicarse en los sitios de internet correspondientes de los sujetos obligados y a través de la Plataforma Nacional. Esta información deberá actualizarse cada tres meses, salvo que la ley prevea un plazo distinto. El SNT emitirá criterios para determinar el plazo mínimo que deberá permanecer disponible y accesible la información, atendiendo a las cualidades de la misma.

Asimismo, se prevé que en la página de inicio de los portales de internet de los sujetos obligados habrá un vínculo de acceso directo al sitio donde se encuentren las obligaciones de transparencia, el cual deberá contar con un buscador.

Los organismos garantes y los sujetos obligados deben establecer las medidas que faciliten el acceso y búsqueda de la información para personas con discapacidad y se procurará que la información publicada sea accesible de manera focalizada a personas que hablen alguna lengua indígena.

En términos de la Ley General, los sujetos obligados pondrán a disposición de las personas interesadas equipos de cómputo con acceso a internet que les permitan consultar la información o utilizar el sistema de solicitudes de acceso a la información en las oficinas de las unidades de transparencia.

Cabe señalar que el número de obligaciones de transparencia –información que deben publicarse de oficio– crece considerablemente.

Se prevé que cualquier persona pueda denunciar ante los organismos garantes la falta de publicación de las obligaciones de transparencia, por lo que se prevé un procedimiento para tal efecto.

Por el incumplimiento de obligaciones de transparencia, podrán imponerse medidas de apremio o sanciones en términos de los procedimientos previstos por la ley.

8. INFORMACIÓN CLASIFICADA

La Ley General prevé como información clasificada, aquella que temporalmente pueda considerarse reservada y la que por ser titularidad de particulares, se considera confidencial.

A. INFORMACIÓN RESERVADA

Los titulares de las áreas de los sujetos obligados son los responsables de clasificar la información. El plazo por el que se puede reservar la información es por cinco años, con posibilidad de ampliar dicho plazo por cinco años más, y transcurrido ese plazo en supuestos concretos por otros tres años más,⁶ en caso de que subsistan las causas que dieron origen a la clasificación.⁷

Cada área del sujeto obligado elaborará un índice de expedientes reservados semestralmente, el cual deberá publicarse en formatos abiertos⁸ al día siguiente de su elaboración.

⁶ Transcurrido el plazo de reserva, cuando se trate de información cuya publicación pueda ocasionar la destrucción o inhabilitación de la infraestructura de carácter estratégico para la provisión de bienes o servicios públicos; se refiera a política monetaria, cambiaria o del sistema financiero del país; cuando pueda poner en riesgo la estabilidad de las instituciones financieras susceptibles de ser consideradas de riesgo sistémico o del sistema financiero del país; pueda comprometer la seguridad en la provisión de moneda nacional al país, o pueda incrementar el costo de operaciones financieras que realicen los sujetos obligados del sector público federal.

⁷ La normatividad vigente permite clasificar por un plazo de 12 años y ampliar dicho plazo siempre que subsistan las causas que dieron origen a su clasificación.

⁸ El artículo 3, fracción X de la Ley General, señala que se entiende por formatos abiertos al conjunto de características técnicas y de presentación de la información que corresponden a la estructura lógica usada para almacenar datos de forma integral

La clasificación de la información se llevará a cabo en el momento en que se reciba una solicitud de acceso a la información, se determine mediante resolución de autoridad competente, o se generen versiones públicas para dar cumplimiento a las obligaciones de transparencia.

Los documentos clasificados total o parcialmente, deberán llevar una leyenda que indique tal carácter, la fecha de clasificación, el fundamento legal y, en su caso, el periodo de reserva.

B. INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

La clasificación de esta información no está sujeta a temporalidad y sólo podrán tener acceso a ella, los titulares de la misma, sus representantes y los servidores públicos facultados para ello.

Los sujetos obligados podrán permitir el acceso a la información confidencial, para lo cual requerirán obtener el consentimiento del titular de la información. No se requerirá obtener el consentimiento cuando:

- La información se encuentre en registros públicos o fuentes de acceso público
- Por ley tenga el carácter de pública
- Exista una orden judicial
- Por razones de seguridad nacional y salubridad general, o para proteger los derechos de terceros, se requiera su publicación, o
- Cuando se transmita entre sujetos obligados, y entre éstos y los sujetos de derecho internacional, en términos de los tratados y los acuerdos interinstitucionales, siempre y cuando la información se utilice para el ejercicio de facultades propias.

y facilitan su procesamiento digital, cuyas especificaciones están disponibles públicamente y que permiten el acceso sin restricción de uso por parte de los usuarios.

9. PROCEDIMIENTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Las solicitudes de acceso a la información deben presentarse ante la unidad de transparencia respectiva vía correo electrónico, correo postal, mensajería, telégrafo, verbalmente o por cualquier otro medio aprobado por el SNT. En todos los casos, deberán ingresarse a la Plataforma Nacional.

El solicitante podrá requerir que la información le sea entregada en un formato accesible o en la lengua indígena que solicite.

El nombre del solicitante o los datos de localización de la información no podrán ser en ningún caso requisitos indispensables para la procedencia de la solicitud.

En casos justificados, la información se podrá poner a disposición del solicitante en consulta directa, salvo que se trate de información confidencial.

La Ley General establece que el plazo para otorgar las respuestas a solicitudes de información no podrá exceder de 20 días hábiles y podrá ampliarse por causa justificada por 10 días más.

Destaca que cuando la información no se encuentre, el comité de transparencia podrá, siempre que sea materialmente posible, ordenar que se genere o se reponga la información en caso de que ésta tuviera que existir en la medida que deriva del ejercicio de las facultades, competencias o funciones de las áreas competentes. Asimismo, el comité podrá ordenar que, previa acreditación de la imposibilidad de su generación, las áreas competentes expongan de forma fundada y motivada, las razones por las cuales en el caso particular no ejercieron dichas facultades, competencias o funciones; lo cual se notificará al solicitante a través de la unidad de transparencia.

10. RECURSO DE REVISIÓN

El solicitante podrá interponer ante el órgano garante, un recurso de revisión contra la respuesta otorgada por el sujeto obligado dentro de los 15 días siguientes a la fecha de notificación.

En ningún caso será necesario que el particular ratifique el recurso de revisión interpuesto, ni se podrá prevenir por el nombre proporcionado por el solicitante.

El órgano garante deberá resolver el recurso en un plazo que no exceda de 40 días, el cual podrá ampliarse por 20 días más, siempre que haya razones que lo justifiquen.

11. CUMPLIMIENTO

Los sujetos obligados deberán notificar al órgano garante sobre el cumplimiento de la resolución a los recursos de revisión. Excepcionalmente y considerando circunstancias especiales, se podrá solicitar al órgano garante que se amplíe el plazo para el cumplimiento de la misma.

El organismo garante verificará de oficio la calidad de la información con la que se pretenda cumplir con la resolución, y a más tardar al día siguiente de recibir el informe dará vista al recurrente para que, dentro de los cinco días siguientes, manifieste lo que a su derecho convenga.

En caso de que el organismo garante considere que no se cumplió la resolución, emitirá un acuerdo de incumplimiento, lo notificará al superior jerárquico del responsable de dar cumplimiento y determinará las medidas de apremio o sanciones que correspondan.

12. MEDIDAS DE APREMIO

Las medidas de apremio –se consideran la amonestación pública o la multa de ciento cincuenta hasta mil quinientas veces el salario mínimo general vigente en el área geográfica de que se trate– no podrán cubrirse con recursos públicos. Éstas serán impuestas por los organismos garantes y ejecutadas por sí mismos o con apoyo de la autoridad competente, de conformidad con los procedimientos que se establezcan en las leyes respectivas.

13. SANCIONES

Se prevé que el incumplimiento en materia de transparencia y acceso a la información por parte de los partidos políticos, el organismo garante competente dé vista al Instituto Nacional Electoral o a los organismos públicos locales electorales de las entidades federativas competentes, para que resuelvan lo conducente, sin perjuicio de las sanciones establecidas para los partidos políticos en las leyes aplicables.

En aquellos casos en que el presunto infractor tenga la calidad de servidor público, el organismo garante deberá remitir a la autoridad competente, junto con la denuncia correspondiente, un expediente en que se contengan todos los elementos que sustenten la presunta responsabilidad administrativa. La autoridad que conozca del asunto, deberá informar de la conclusión del procedimiento y en su caso, de la ejecución de la sanción al organismo garante que corresponda.

14. RÉGIMEN TRANSITORIO⁹

La Ley General entró en vigor al día siguiente de su publicación y en tanto no se expida la Ley General en materia de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, permanecerá vigente la normatividad federal y local en la materia.

En un plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley General, deberán armonizarse las leyes en la materia, y transcurrido dicho plazo, el INAI será competente para conocer de

⁹ El 17 de junio de 2015, el INAI publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, establece las bases de interpretación y aplicación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

los medios de impugnación que se presenten de conformidad con la Ley General.

Los sujetos obligados conforme a los lineamientos que emita el SNT, tendrán hasta un año, contado a partir de su entrada en vigor, para incorporarse plenamente a la Plataforma Nacional de Transparencia.

Asimismo, los sujetos obligados deberán mantener en sus respectivas páginas de internet, la información que hasta antes de la entrada en vigor de la Ley General tenían disponible en las mismas. Las nuevas obligaciones establecidas en la Ley General serán aplicables respecto de la información que se genere a partir de la entrada en vigor de la propia Ley General.

Cabe señalar que en cumplimiento a las disposiciones transitorias que señalan que el Consejo Nacional del SNT, deberá instalarse a más tardar dentro de los sesenta días naturales a partir de la entrada en vigor de la Ley General, éste se integró formalmente el 23 de junio de 2015. Los lineamientos a cargo del SNT, deberán emitirse a más tardar un año después de la entrada en vigor de la Ley General.

III. CONSIDERACIONES FINALES

A más de 10 años de la expedición de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en la nueva Ley General se reconocieron diversos aspectos que debían ser regulados, a efecto de transitar hacia un régimen más garantista del derecho de acceso a la información.

La reforma constitucional de 2014 en materia de transparencia, que dio lugar a la expedición de una Ley General, sometió a las mismas reglas a todos los sujetos obligados, otorgando autonomía constitucional al órgano garante y posicionándolo como autoridad no sólo del Poder Ejecutivo, sino de los poderes Legislativo y Judicial, organismos constitucionales autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral, sindicato

que reciba o ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la Federación, las entidades federativas y los municipios.¹⁰

Sin duda, el que todos los sujetos obligados sean sometidos a un mismo esquema de transparencia es plausible, sobre todo cuando a lo largo de estos años fue evidente que aún obligados a cumplir reglas mínimas de transparencia, la mayoría de los sujetos obligados distintos del Poder Ejecutivo, desarrollaron pobremente criterios y lineamientos que orientaran su actividad hacia un régimen más transparente.

Este rubro merece particular atención. Si bien el esquema es idóneo para eliminar asimetrías en el ejercicio del derecho de acceso a la información, sería un error mayúsculo pensar que someter en igualdad de condiciones a cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo público, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como a cualquier persona física, moral o sindicatos que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la federación, las entidades federativas y los municipios, será la llave para consolidar instantáneamente un régimen de transparencia. La ruta puede ser mucho más complicada y deben reconocerse que las diferencias entre los sujetos obligados no son menores y pueden significar un reto importante para los órganos garantes, en particular, para el INAI. Por supuesto encontramos entre los sujetos obligados características comunes a cualquier organización, y no cabe duda que en ese rubro deben aplicarse los mismos criterios con independencia del sujeto obligado de que se trate, sin embargo, sus funciones sustantivas y la diversa forma de operar los distinguen.

El entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos ya enfrentaba un reto ante la diversidad de materias de las que conocía dentro de la Administración Pública

¹⁰ En términos de la reforma, es competente para revisar las resoluciones de los órganos garantes locales y para atraer de oficio o a petición fundada del órgano garante respectivo, los asuntos que por su importancia o trascendencia así lo ameriten.

Federal, a ello debemos sumarle ahora, no sólo otras materias, sino otras formas de organización e incluso, de naturaleza jurídica. El tipo de información que obra en los archivos del Instituto Nacional Electoral es distinta a la que se genera en el seno de un sindicato, de un partido político o de la que posee la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, o incluso de la que se encuentra en los archivos del Banco de México.

Hemos señalado la ausencia de criterios y lineamientos en materia de transparencia por parte de prácticamente todos los sujetos obligados distintos del Poder Ejecutivo, en la mayoría de los casos, habrá que empezar sin precedentes orientadores o relevantes en los temas sustantivos de las instituciones. Muchos de los sujetos obligados ni siquiera han sistematizado las solicitudes de acceso a información y sus respuestas. A manera de ejemplo, en el caso de las universidades públicas, particularmente de la Universidad Nacional Autónoma de México ¿se han transparentado los concursos de oposición? ¿las cláusulas de confidencialidad que pacta están justificadas en todos los casos? ¿se han dado a conocer los méritos de un profesor para obtener algún reconocimiento? ¿Son públicas las resoluciones que dicta el Tribunal Universitario? ¿Hay esquemas que permitan conocer el desempeño de un profesor frente a sus alumnos? Muchas interrogantes más podrían plantearse, pero lo que se busca es evidenciar la complejidad que representa la diversidad que hay entre la información que se genera en los distintos sujetos obligados.

La autonomía no puede ni debe amparar la opacidad. La diferente naturaleza jurídica de los sujetos obligados o la diversidad de sus funciones no les otorgan un pasaporte para actuar sin transparencia, la reforma constitucional en materia de transparencia ha dejado constancia de ello. No es más un tema de vida interna, es un asunto de interés público conocer cómo funcionan los sujetos obligados, de qué forma se toman las decisiones, qué justifica su actuación y cómo ejercen su presupuesto. No hay excepciones, el

Constituyente ya determinó quiénes debían estar sujetos a este régimen de transparencia.

Es aquí donde la política de transparencia de las instituciones se hará notar. Si apostamos realmente a una política que elimine las asimetrías en el ejercicio del derecho pero en la que se reconozcan las diferencias entre las actividades sustantivas de los sujetos obligados, esa política debe incentivarse al interior de los propios sujetos obligados. La Ley General da pie para ello, al preservar la figura del comité de transparencia (conocidos actualmente como comités de información). Debe apostarse a que estos órganos colegiados se constituyan como la instancia interna especializada en temas de transparencia y acceso a la información y funcionen como revisores eficaces ante eventuales negativas de información, de tal forma que sean un filtro eficaz antes del INAI o del órgano garante local, y se asuman como actores responsables de implementar la política de transparencia en el ámbito de sus atribuciones. Para ello, su conformación será fundamental, pues quienes lo integren deben estar comprometidos con su tarea y conocer los principios y bases que orientan este derecho.

Los sujetos obligados tienen pues una gran responsabilidad, no olvidemos que la conformación del comité de transparencia hasta ahora es su responsabilidad. La perspectiva no debe ser del mínimo esfuerzo para enmendar el error cuando lo instruya el INAI o el órgano garante local, la visión que deberá imperar es la de generar criterios sólidos que permitan ir orientando la tarea del órgano garante y fortalezcan el esquema de transparencia institucional. Al menos en el orden federal, el INAI debe generar redes sólidas con los comités de información, propiciar su fortalecimiento y abonar a su especialidad.

En ese rubro, la reciente reforma constitucional en materia de transparencia y la Ley General expedida por ese motivo, obligan a la implementación de una política pública homóloga, coordinada y congruente entre los diversos sujetos obligados, para lo cual, el

INAI deberá asumirse como eje rector, más allá de la creación del Sistema Nacional de Transparencia, pero sin duda, lo sujetos obligados, ya sea un órgano constitucional autónomo, una universidad, un sindicato, un partido político o cualquier otro, deberá asumir su propia responsabilidad dentro de la política de transparencia, será este el camino que conducirá a menores encuentros con el órgano garante y lo que coadyuvará a que el volumen y especialidad de los asuntos no vulneren la eficacia del INAI.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que el régimen de transparencia implementado desde el 12 de junio de 2002 –fecha en que entró en vigor la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental- fue mucho más sencillo que el que ahora se presenta con la nueva Ley General. Si se considera que un ordenamiento de esta naturaleza está fundamentalmente dirigido a los individuos que eventualmente pueden ejercer su derecho, se puede afirmar que se sacrificó la sencillez que antes se encontraba en la Ley con el objeto de regular muchos de los espacios que fueron aprovechados para no garantizar a cabalidad este derecho. De 64 artículos que comprendía la Ley Federal, hoy la Ley General contiene 216, sin contar que además habrá una Ley Federal, leyes estatales, diversos lineamientos y seguramente normatividad secundaria que podrá emitirse para aspectos particulares. Sólo los años de implementación nos permitirán evaluar si ha valido la pena restar sencillez a un ordenamiento de esta naturaleza.

Ahora bien, en términos del artículo 30 de la Ley General, el Sistema Nacional de Transparencia está conformado por el INAI, los organismos garantes de los estados, la Auditoría Superior de la Federación, el Archivo General de la Nación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía. En los primeros proyectos se conceptualizó al SNT como un espacio de coordinación, no obstante, la Ley General prevé que dicho Sistema emita lineamientos, indicadores, diseñe políticas, entre otros, lo que se antoja complejo con tal nú-

mero de integrantes. Será un reto operar ese Sistema y consolidarlo como el espacio que genere una política pública nacional.

En cuanto a las obligaciones de transparencia, la Ley General prevé un esquema exhaustivo en el que habrá que publicar mucho más información que la que actualmente se pública. Esto genera varias interrogantes ¿Se publicará realmente la información que más interés genera? ¿Se logrará tener portales amigables e intuitivos con tal cantidad de información? ¿La carga adicional de trabajo para los sujetos obligados es proporcional al beneficio que se obtenga al publicar la información que ahora se constituye como obligación de transparencia? ¿Los recursos humanos y materiales que se empleen se justificarán en cuanto a la utilidad de publicar la información en cuestión?

Lo más acertado hubiera sido un régimen mínimo de obligaciones de transparencia, y mayor libertad para publicar proactivamente información que refleje el trabajo sustantivo de las instituciones. Por supuesto, orientar los esfuerzos a ser más transparentes a partir de más información publicada, pero con la mayor certeza de que se trata de información útil e interesante para la sociedad. Tratándose de transparencia proactiva, la publicación de información en los sitios de internet, debe llevar detrás un trabajo conjunto con grupos de la sociedad civil, a efecto de conocer qué les interesa que se publique periódicamente y cómo les interesa que se publique. Parece que los legisladores olvidaron que mayor información publicada no necesariamente genera instituciones más transparentes.

Lo anterior, está directamente vinculado a los sistemas informáticos. La herramienta que se diseñe para publicar la información, tendrá que considerar la forma en que ésta se presenta, y motores de búsqueda que permitan que quienes no se encuentran familiarizados con este tipo de sistemas, puedan de cualquier forma consultar la información que le interesa.

Después de más de 10 años era necesario revisar y perfeccionar el esquema de transparencia en nuestro país, no podía subsistir la falta de uniformidad en los criterios e interpretaciones en las diversas

entidades federativas. No podían continuar asimetrías tan amplias entre los distintos poderes, los órganos constitucionales autónomos y demás sujetos obligados. Debe reconocerse que mientras en el ámbito del Poder Ejecutivo se trataba de implementar –de manera muy incipiente– una política de gobierno abierto y transparencia proactiva, había sujetos obligados que no cumplían adecuadamente las obligaciones de transparencia mínimas que establece el artículo 7 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental vigente.

No hay leyes perfectas, por ello, en esta materia el papel del INAI será fundamental en la interpretación del nuevo esquema de transparencia en el país. La implementación de la Ley General y de los ordenamientos que vendrán, constituyen un reto mayúsculo. Recordemos que las atribuciones del INAI se multiplicaron en relación con las que tuvo el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, por lo que se abren espacios de oportunidad, pero también de vulnerabilidad para la institución. Generar una política nacional sin traspasar los límites del federalismo, no será un esfuerzo menor. Habrá que ir trazando el camino, con interpretaciones sencillas y criterios claros. El Sistema Nacional de Transparencia deberá probar que puede ser eficaz y eficiente.

El Gobierno Federal también tendrá un rol central, pues deberá ejercer con responsabilidad la facultad que tiene conferida a través del Consejero Jurídico para impugnar las resoluciones del INAI que puedan poner en peligro la seguridad nacional en términos de la ley de la materia. Recordemos que una de las características de nuestro régimen de transparencia hasta antes de la reforma constitucional de 2014, que contó con un amplio reconocimiento por parte de la sociedad y de otros países, fue precisamente la inatacabilidad de las resoluciones del órgano garante por parte de los sujetos obligados, lo que abonó a la expeditéz, sencillez y gratuidad del procedimiento para ejercer este derecho. La posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación revise supuestos de seguridad nacional –con-

cepto amplio y variable— puede convertirse en una gran tentación en perjuicio de los solicitantes, máxime cuando en casi 15 años de aplicación de la Ley Federal en la materia, no hubo vulneración alguna a la seguridad nacional, aun cuando los sujetos obligados lo argumentaron en múltiples ocasiones, siendo muchas de estas negativas de información revocadas por el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos.¹¹

La Ley General es apenas el inicio en la implementación de una renovada política pública en materia de transparencia. El régimen diseñado en la reciente reforma constitucional apenas se vislumbra, falta mucho por construir. —Para empezar, deberá completarse el marco jurídico —ley federal, leyes estatales, leyes generales de protección de datos personales y de archivos- y trabajar arduamente en generar una cultura de transparencia vinculada a la función pública, éste es un gran pendiente que ha quedado del régimen anterior. Si bien se reconocen avances, es preciso que la transparencia sea considerada parte de la rutina diaria. Mientras los funcionarios públicos no asuman que la transparencia es un valor intrínsecamente ligado al servicio público, a poco podremos aspirar con una ley, pues por mejor diseñada que ésta se encuentre, siempre se encontrarán recovecos para darle la vuelta. Esperemos pues que el nuevo régimen sea la punta de lanza para lograrlo.

¹¹ A manera de ejemplo pueden consultarse las resoluciones 5084/10 y 5009/13, entre otras, disponibles en: <<http://consultas.ifai.org.mx/Sesionessp>>, [última consulta, 10 de junio de 2015].

ACCESO A LA JUSTICIA DE PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS Y DERECHO A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN EN CASOS DE EXPROPIACIÓN COMO UNA VIOLACIÓN CONTINUADA*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR¹

I. INTRODUCCIÓN

Se emite el presente voto en el caso de los *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “el Tribunal Interamericano”) acoge la excepción preliminar interpuesta por el Estado relativa a la falta de competencia *ratione temporis* y, por tanto, dispone que no entrará al estudio de fondo del caso en lo relativo al pago de las indemnizaciones que el Estado debió de realizar.

En cuanto a esta excepción preliminar, la controversia radica en los hechos relacionados con el desplazamiento de las comunidades que tuvieron lugar entre 1973 y 1975, y el compromiso por parte del Estado de pagar indemnizaciones por tales desplazamientos.

El criterio mayoritario consideró que la Corte no tenía competencia para pronunciarse sobre la alegada falta de pago de las indemniza-

* Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Caso de los pueblos indígenas kuna de madungandí y emberá de bayano y sus miembros vs. Panamá*, sentencia de 14 de octubre de 2014 (*Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*).

¹ Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor titular por oposición de la materia Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la misma universidad. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

ciones a las comunidades Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano, ya que el Estado panameño reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 9 de mayo de 1990, y los hechos relativos a la falta de pago habían sido anteriores al reconocimiento de dicha competencia. De esta forma, la Corte estimó admisible la excepción preliminar por falta de competencia en razón de tiempo y determinó que carecía de competencia para conocer del contenido de los acuerdos de 1976, 1977 y 1980 y el alegado incumplimiento de esos acuerdos.

Disiento de la mayoría debido a que considero que la Corte debió desestimar dicha excepción preliminar presentada por el Estado y entrar al fondo de la controversia, teniendo en cuenta que en el presente caso no estamos ante hechos aislados de consumación instantánea sino ante una situación continuada (por un hecho compuesto) relativa al incumplimiento del pago de la indemnización, por las razones que a continuación expondré. Cabe destacar que de haber entrado al fondo, sería la primera que vez que la Corte Interamericana hubiese podido analizar el incumplimiento de la indemnización como parte de las garantías contenidas en el artículo 21 de la Convención Americana a los pueblos indígenas, teniendo en cuenta que lo reclamado en el presente caso consistía, precisamente, en

la supuesta violación continuada del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí (“Kuna”) y Emberá de Bayano (“Emberá”) y sus miembros, por el *alegado incumplimiento del pago de indemnizaciones relacionadas con el despojo e inundación de sus territorios ancestrales*, como consecuencia de la construcción de la Represa Hidroeléctrica del Bayano entre los años 1972 y 1976.²

Para una mayor claridad se divide el presente voto en los siguientes apartados: (i) Desarrollo jurisprudencial del artículo 21 de la Convención Americana desde la perspectiva de la propiedad colectiva

² Párr. 1 de la Sentencia. [N. E. Las cursivas son del autor.]

de los pueblos indígenas; (ii) Los límites del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en el sistema interamericano; (iii) El derecho al pago de una justa indemnización en casos de expropiación como una violación continuada; y (iv) El no pago de indemnizaciones como violación continuada en el caso de las comunidades indígenas Kuna de Madungandí y Emberá del Bayano.

II. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 21 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Durante el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reemplazó la frase “[t]oda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público” por la de “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Es decir, se optó por hacer referencia al “uso y goce de los bienes” en lugar de “propiedad privada”.³

El artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. A este respecto establece: a) que “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al “interés social”; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de “utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.⁴

La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad, el cual abarca, entre otros, el uso y goce de los

³ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr.145.

⁴ *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr.120.

bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.⁵

El artículo 21 de la Convención tiene un amplio espectro de protección. El Tribunal Interamericano, a la luz de este precepto con-

⁵ *Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 170; *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Solicitud de Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 263, párr. 269; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 179; *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 220; *Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 148; *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas.* Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 237; *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de Marzo de 2011 Serie C No. 223, párr. 82; *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 84; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 399; *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo.* Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 55; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 174; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia.* Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 174; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 121; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 102;* *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 144; y *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 122.

vencional, ha conocido casos sobre pensiones,⁶ bienes incautados al momento de la detección,⁷ derechos de autor,⁸ restitución de bienes,⁹ expropiaciones,¹⁰ ratios salariales,¹¹ sustracción y destrucción de bienes,¹² pago de indemnizaciones,¹³ pérdida de la propiedad por los desplazamientos,¹⁴ embargo de bienes¹⁵ y la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales.¹⁶

⁶ *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98; y *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198.

⁷ *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

⁸ *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

⁹ *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

¹⁰ *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo.* Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

¹¹ *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de Marzo de 2011 Serie C No. 223.

¹² *Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237; y *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 249.

¹³ *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

¹⁴ *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252; *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259; y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

¹⁵ *Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265.

¹⁶ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de

Sobre esta última línea, la jurisprudencia de la Corte ha sido ampliamente desarrollada en el marco del Sistema Interamericano. Este Tribunal Interamericano se vio en la necesidad de hacer algunas precisiones sobre el concepto de “propiedad” cuando se está en presencia de comunidades indígenas. De este modo consideró que: “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad...”.¹⁷

A través de una interpretación evolutiva, la Corte sostuvo que “[I]os términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”.¹⁸ Además, el “artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición

2005. Serie C No. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245; y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

¹⁷ *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 145; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 86; y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

¹⁸ *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.¹⁹ En suma, la Corte llegó a la conclusión sobre la cual “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”.²⁰

El artículo 21 de la Convención Americana no hace mención expresa de la propiedad colectiva y mucho menos alusión a la propiedad indígena; en este entendido, al analizar los alcances del artículo 21 del Pacto de San José, ha considerado útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante “el Convenio 169 de la OIT”),²¹ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,²² para in-

¹⁹ *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 171; y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 147.

²⁰ Cfr. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 171; y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148

²¹ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

²² *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

terpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del Sistema Interamericano.

La Corte consideró “que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta ‘no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad’”.²³ Además, el Tribunal Interamericano señaló que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”.²⁴ Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas.²⁵

Haciendo uso de los criterios señalados, la Corte ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental

²³ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 87; *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 89; y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120.

²⁴ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 143.

²⁵ *Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 87; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 145.

de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras.²⁶

Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.²⁷

El principal mecanismo de garantía del derecho de propiedad territorial indígena que ha sido identificado por los órganos del Sistema Interamericano es la delimitación y demarcación de las tierras pertenecientes a los pueblos indígenas. Según ha explicado la Corte “[a] fin de obtener dicho título, el territorio que los miembros del pueblo [respectivo] han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos”.²⁸ Además, la Corte ha establecido que uno de los derechos básicos relacionados con el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas es el goce

²⁶ Cfr. *Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001*. Serie C No. 79, párr. 149; y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 131.

²⁷ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 119; y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 136

²⁸ Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 209; y *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 116

permanente de su territorio ancestral, para lo cual se debe de tener el título del territorio.²⁹

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.³⁰ En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.³¹

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando

²⁹ Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 153; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 215, y *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 209; y *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 116.

³⁰ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118; *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 266; y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 135.

³¹ *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 88; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118; y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137.

otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.³²

Este Tribunal ha determinado que “[l]os indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.³³

III. LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal Interamericano proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.³⁴

³² *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 147.

³³ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

³⁴ *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 156; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 128 y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 144. Sobre el juicio de proporcionalidad puede verse en el mismo

El artículo 21.1 de la Convención dispone que “[l]a ley puede subordinar [el] uso y goce [de los bienes] al interés social.” La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.³⁵

La Corte ha observado que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser objeto de restricciones y limitaciones,³⁶ siempre y cuando éstas se realicen por la vía legal adecuada y de conformidad con los parámetros establecidos en dicho artículo 21 de la Convención.³⁷ Este Tribunal Interamericano

sentido: *Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 170, párr. 127; y *Caso Kímel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 51.

³⁵ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 145 Cfr. (mutatis mutandi) *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; y *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127.

³⁶ *Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 170; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 128; y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 220.

³⁷ Cfr. *Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 170; *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008*. Serie C

ha establecido que, al examinar una posible violación al derecho a la propiedad privada, no debe limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que debe además comprobar, más allá de la apariencia, cuál fue la situación real detrás de la situación denunciada.³⁸

El artículo 21.2 de la Convención establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad consagrado en la Convención, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y practicarse según las formas establece por la ley.³⁹ La restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.⁴⁰

Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones

No. 179, párr. 54; y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 220.

³⁸ *Cfr. Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 170; y *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 124.

³⁹ *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 108.

⁴⁰ *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 148.

indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas.⁴¹

En el contexto de grandes proyectos de desarrollo o de exploración, extracción explotación de recursos y minerales, este Tribunal Interamericano ha determinado una serie de derechos contra las restricciones a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales: a) la participación del pueblo respectivo en la toma de decisiones del proyecto que se desee desarrollar en su territorio ancestral; b) que el pueblo indígena o tribal se beneficie del plan que se pretende desarrollar en su territorio; y c) realización de estudios de impacto ambiental y social.⁴²

Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar, caso por caso, las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.⁴³

⁴¹ *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 149.

⁴² *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 130; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 157.

⁴³ *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 146.

Al respecto, el artículo 16.4 del Convenio No. 169 de la OIT, al referirse al retorno de los pueblos indígenas a los territorios de los que han sido desplazados señala que:

[...] cuando el retorno no sea posible, [...] dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatus jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.⁴⁴

La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario.⁴⁵

Debe recordarse que, con fundamento al artículo 1.1 de la Convención, el Estado está obligado a respetar los derechos reconocidos en el Pacto de San José y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁴⁶

La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tener en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres

⁴⁴ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 150.

⁴⁵ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 151.

⁴⁶ *Cfr. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99 párr. 142; y *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 109.

y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.⁴⁷

IV. EL DERECHO AL PAGO DE UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN EN CASOS DE EXPROPIACIÓN COMO UNA VIOLACIÓN CONTINUADA

Es de destacar que el presente caso fue presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el fin de dirimir la alegada responsabilidad del Estado respecto a, *inter alia*, “la supuesta violación continuada del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros por el alegado incumplimiento del pago de indemnizaciones relacionadas con el despojo e inundación de sus territorios ancestrales como consecuencia de la construcción de la Represa Hidroeléctrica del Bayano entre los años 1972 y 1976”.⁴⁸ Sin embargo, la Corte en sus diversas consideraciones al decidir la excepción preliminar respecto a la alegada “falta de competencia *ratione temporis*” decide no entrar a la discusión medular sobre dicho tema, en el sentido de definir el significado y alcances de los estándares internacionales de lo que es una violación continuada y cómo dichos estándares eran aplicables al presente caso.⁴⁹

En la presente sección se explicará la definición de violación continuada según el derecho internacional, considerando (a) la definición de violación continuada, y (b) los elementos de violaciones

⁴⁷ *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154.

⁴⁸ Párr. 1 de la Sentencia.

⁴⁹ Véanse los párrafos 24 a 40 de la Sentencia.

continuadas respecto al derecho de propiedad; para luego, en el último epígrafe, analizar específicamente el no pago de indemnizaciones como violación continuada en el caso de las comunidades indígenas Kuna de Madungandí y Emberá del Bayano.

1. DEFINICIÓN DE VIOLACIÓN CONTINUADA SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL

A nivel internacional no hay una definición unificada de lo que es una violación continua o de naturaleza continuada. Sin embargo, en términos generales se ha identificado que “una violación continuada es la violación de una obligación internacional por medio de un acto de un sujeto de derecho internacional extendido en el tiempo y que causa una duración o continuación en el tiempo de dicha violación”.⁵⁰ Asimismo, si el acto afecta el estatus legal de una persona durante cierto periodo de tiempo, debe ser considerada como un acto continuado.⁵¹ Por el contrario, si “la violación es completada de una vez por todas en un momento determinado en el tiempo sin efectos injuriosos continuados”⁵² la misma no puede tener dicho carácter.⁵³

En los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional se hace una distinción entre los actos instantáneos y los actos de carácter continuado. Así, el artículo 14.1 dispone que “La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren”. En el

⁵⁰ Joost Pauwelyn, “The Concept of a ‘Continuing Violation’ of an International Obligation: Selected Problems” [1996] 66:1 BYIL 415, 415.

⁵¹ *Ibid*, pp, 415, 421.

⁵² Loukis G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights: Collected Essays* (Brill Academic Publishers 2007) 21.

⁵³ *Ídem*.

mismo artículo en su punto 2 dispone que “La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”. Y finalmente, en el artículo 14.3 se dispone que “La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación”.

Es importante señalar que bajo la lógica de análisis de la Comisión de Derecho Internacional existe la posibilidad de catalogar una violación a una obligación internacional en un hecho compuesto. La cual se puede definir como “[l]a violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, [que] tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito” (Artículo 15.1). Así, “la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”. (Artículo 15.2) Los hechos compuestos siempre consisten en una serie de actos individuales del Estado que se suceden unos a otros en una secuencia separada de cursos de conducta, acciones u omisiones adoptadas en casos separados pero que en su conjunto contribuyen a la comisión del acto en su conjunto en cuestión.⁵⁴ Considerados de forma separada, estos actos pueden ser lícitos o ilícitos, pero

⁵⁴ ILC, “Report of the International Law Commission on the Work of its 30th Session” (8 May–28 July 1978) UN Doc A/33/10, 226.

ellos se encuentran interrelacionados por tener la misma intención, contenido y efectos.⁵⁵

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos se ha adoptado una definición general de lo que es una violación continuada, primero, por la ya extinta Comisión Europea de Derechos Humanos y ratificada, después, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, una situación continuada se refiere a “la situación que opera por actividades continuas por o de parte del Estado hacia las víctimas”.⁵⁶ Asimismo, es importante señalar que no existe una diferenciación clara entre los términos de violación “continuada” o “continua”, llegándose a usar por parte del Tribunal Europeo de forma indistinta ambas expresiones.⁵⁷

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos esta Corte ha señalado en diversas ocasiones la naturaleza continuada de diversas violaciones a derechos humanos. Tal vez el caso más significativo sea el de la desaparición forzada de personas. Respecto a este tipo de violaciones a derechos humanos este Tribunal Interamericano ha señalado reiteradamente que “[l]a desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar”.⁵⁸

⁵⁵ ILC, “Report of the Commission to the General Assembly on the work of its 30th session” (1978) YB of the ILC, 1978, II, part 2, UN Doc A/CN.4/SER.A/1978/Add.I (Part 2), 93.

⁵⁶ “[A] state of affairs which operates by continuous activities by or on the part of the State to render the applicants victims” véase: *McDaid and others v United Kingdom*, no. 25681/94, p. 5, Commission decision of 9 April 1996. Esta misma definición ha sido retomada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en decisiones recientes *Posti and Rahko vs. Finland*, no. 27824/95, § 39, ECHR 2002-VII; *Ananyev and Others vs. Russia*, nos. 42525/07 and 60800/08, § 75, 10 January 2012; *Hadzhigeorgievi vs Bulgaria*, no. 41064/05, § 56, 16 July 2013.

⁵⁷ *Loizidou vs. Turkey*, no. 15389/89, §§ 40-11, 8 December 1996 (judgment).

⁵⁸ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr.150.

Igualmente, la Corte ha reconocido reiteradamente el carácter continuado de diversas violaciones a derechos humanos como la falta de acceso a la justicia en relación con ejecuciones extrajudiciales y masacres,⁵⁹ así como en relación con contextos de desplazamiento forzado y persecución, en relación con los derechos de los niños y el derecho a la familia y a la integridad personal.⁶⁰

Recientemente, en el *Caso García Lucero vs. Chile* la Corte Interamericana se refirió a violaciones de carácter no continuado y si los efectos de las mismas podían ser conocidos por la Corte cuando se encontraban fuera de su competencia temporal. Al respecto, en dicho caso se determinó que en cuanto a los hechos de tortura que escapaban del conocimiento de la competencia temporal de la Corte “la integralidad o individualización de la reparación solo p[odía] apreciarse a partir de un examen de los hechos generadores del daño y sus efectos, y los mismos están excluidos de la competencia temporal de la Corte”.⁶¹ Además, señaló que si bien no podría entrar a examinar la totalidad de los hechos, la Corte si podría “examinar si a partir de hechos autónomos ocurridos dentro de su competencia temporal, el Estado cumplió con el deber de investigar y si brindó los recursos aptos para efectuar reclamos sobre medidas de reparación, de conformidad con la Convención Americana, así como con la Convención Interamericana contra la Tortura”.⁶² Este precedente, en nada modifica la jurisprudencia de la Corte en re-

⁵⁹ *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

⁶⁰ Véase *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211; y *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

⁶¹ *Caso García Lucero y otras vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párr. 37.

⁶² *Caso García Lucero y otras vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párr. 38.

lación con la naturaleza de las violaciones continuadas, ni presenta elementos adicionales para su análisis.

2. LOS ELEMENTOS DE VIOLACIONES CONTINUADAS RESPECTO AL DERECHO DE PROPIEDAD

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado en su jurisprudencia que, en principio, el hecho de privar a una persona de su domicilio o propiedad mediante acto administrativo constituye, un “acto instantáneo” que no produce una situación continuada de “privación” de sus derechos.⁶³ Sin embargo, existen ocasiones en donde una privación de propiedad puede considerarse como continuada, si es que existe una continuidad de actos u omisiones o si en su caso existen actos sucesivos o una serie de actos que le doten de tal carácter.

A partir de lo previsto en el Artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales referente a la protección de la propiedad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado la existencia de situaciones continuadas en casos en donde existen impedimentos para que el dueño de la propiedad pueda hacer uso y disponer de la propiedad,⁶⁴ la falta de acceso a la propiedad,⁶⁵ la

⁶³ Cfr. ECHR, *Case of Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and others vs. Portugal* (Applications nos. 29813/96 and 30229/96), 11 January 2000, para. 43; ECHR, *Case of Blečić vs. Croatia*, GC (Application no. 59532/00), 8 March 2006, para. 86 (“As to the applicant’s argument that the termination of her tenancy resulted in a continuing situation [...], the Court reiterates that the deprivation of an individual’s home or property is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation of “deprivation” in respect of the rights concerned. [...] Therefore, the termination of the applicant’s tenancy did not create a continuing situation”), ver también ECHR, *Case of Malhous vs. The Czech Republic*, GC (Application no. 33071/96), 13 December 2000; mutatis mutandis, ECHR, *Case of Ostojić vs. Croatia* (Application no. 16837/02), 26 September 2009.

⁶⁴ ECHR, *Vasilescu vs. Romania*, no. 27053/95, §§ 48-59, 22 May 1998.

⁶⁵ ECHR, *Loizidou vs. Turkey*, no. 15389/89, 8 December 1996.

expropiación de facto,⁶⁶ la falta de pago de indemnización compensatoria debido a la pérdida de propiedad cuando es así señalada por las leyes nacionales.⁶⁷ Al respecto, se debe tener en cuenta que existen actos instantáneos que a pesar de tener efectos subsecuentes en el tiempo, no crean una situación continuada según el derecho internacional, tal podría ser el caso, por ejemplo, de la destrucción física de la propiedad.⁶⁸ Sin embargo, dentro de esa misma situación si legalmente existe el deber de compensación, la falta de la misma si puede llegar a constituir una situación continuada.⁶⁹

Probablemente los casos más conocidos en la materia –privación del derechos de propiedad como una situación continuada– son los casos *Loizidou vs. Turquía* y *Chipre vs. Turquía*.

En el *Caso Loizidou vs. Turquía*,⁷⁰ se relaciona con la invasión turca en el norte de Chipre en 1974, que resultó en la negación de acceso a la propiedad de la demandante. En su defensa, Turquía había argumentado que según el artículo 159 de la Constitución de la República Turca de Chipre de Norte, la propiedad había sido expropiada antes de la aceptación de la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁷¹ En este caso la parte peticionaria se enfrentó ante la negación continua de acceso a su propiedad que se encontraba en territorio entonces ocupado por el ejército turco desde 1974. A raíz de esta situación la peticionaria no podía usar, controlar o disponer de su propiedad. Al respecto, el Tribunal Europeo consideró que no era posible atribuir efectos jurídicos

⁶⁶ ECHR, *Guiso-Gallisay vs. Italy*, no. 58858/00, 8 December 2005.

⁶⁷ ECHR, *Broniowski vs. Poland*, no. 31443/96 [GC], 22 June 2004.

⁶⁸ ECHR, *Ostojic vs. Croatia*, no.16837/02 (dec.), 26 September 2002

⁶⁹ Véanse los casos *Almeida Aarrett, Aascarenhas Falcao and others vs. Portugal* y *Broniowski vs. Poland*.

⁷⁰ ECHR, *Case of Loizidou vs. Turkey*, GC (Application no. 15318/89), 18 December 1996.

⁷¹ ECHR, *Case of Loizidou vs. Turkey*, GC (Application no. 15318/89), 18 December 1996, para. 35.

a tal Constitución.⁷² La consecuencia de esto era, entonces, que no había existido expropiación directa y la propiedad continuaba perteneciendo a la demandante.⁷³ En consecuencia, respecto al concepto de una violación continuada del Convenio, los hechos del caso constituían violaciones de carácter continuados. Este caso, dio pie eventualmente al caso *Chipre vs. Turquía*, en forma de una petición interestatal.

En el Caso *Papamichalopoulos y otros vs. Grecia*,⁷⁴ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que la alegada violación inició en 1967 con la aprobación de la Ley No. 109/1967. Mediante esta ley, el gobierno militar de la época tomó posesión de los terrenos de los demandantes, sin transferir la propiedad de la tierra en cuestión al Estado. Esto fue considerado por el Tribunal Europeo como un acto de “expropiación de facto”.⁷⁵ Después de la restauración de la democracia, el Estado buscando una forma de reparación del daño causado a los demandantes, promulgó la Ley No. 1341/1983, para resolver la situación creada en el año 1967. A pesar de que los tribunales nacionales ordenaron la asignación de nuevas tierras a los demandantes, estos esperaron sin éxito hasta 1992. Respecto a tal situación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que “la pérdida de toda posibilidad de disponer de las tierras en cuestión, en conjunto con el fracaso de los intentos realizados hasta ahora para remediar la situación denunciada, produjo consecuencias suficientemente graves para los [demandantes] que han sido expropiados de manera incompatible con su derecho al disfrute pa-

⁷² ECHR, *Case of Loizidou vs. Turkey*, GC (Application no. 15318/89), 18 December 1996, paras. 42 y 44.

⁷³ ECHR, *Case of Loizidou vs. Turkey*, GC (Application no. 15318/89), 18 December 1996, paras. 46 y 47.

⁷⁴ ECHR, *Case of Papamichalopoulos and Others vs. Greece* (Application no. 14556/89), 24 June 1993.

⁷⁵ ECHR, *Case of Papamichalopoulos and Others vs. Greece* (Application no. 14556/89), 24 June 1993, para. 42.

cífico de sus posesiones. En conclusión, ha habido y sigue existiendo una violación [del derecho a la propiedad privada]”.⁷⁶

En el Caso *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão y otros vs. Portugal*, los hechos versan en torno a la nacionalización y formal expropiación de propiedades de los peticionarios por parte del Gobierno Portugués en 1975 y 1976.⁷⁷ En dicho caso, el Estado no pagó las indemnizaciones previstas mediante un decreto aprobado después de la entrada en vigor del Convenio Europeo de Derechos Humanos y se determinó que si bien era cierto que el Tribunal no era competente para examinar las cuestiones vinculadas a la privación de la propiedad, encontrándose tales cuestiones fuera de su competencia *rationae temporis*, no aplicaba lo mismo para los retrasos en la asignación y el pago de la indemnización final, sobretodo tomando en consideración que el Gobierno siguió legislando sobre el tema después de la ratificación del Convenio Europeo, por lo que el derecho de propiedad se vulneraba por no proveer dicha compensación sin una demora injustificable.⁷⁸

En el caso *Broniowski vs. Polonia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* reconoció que la falta de proveer una compensación adecuada de acuerdo con las leyes nacionales constituye una situación continuada. En este caso se estimó necesario ponderar el excesivo tiempo que tardó el Estado en proveer la compensación.⁷⁹ En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido

⁷⁶ ECHR, *Case of Papamichalopoulos and Others vs. Greece* (Application no. 14556/89), 24 June 1993, para. 46.

⁷⁷ ECHR, *Case of Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and others vs. Portugal*, (Applications nos. 29813/96 and 30229/96), 11 January 2000.

⁷⁸ ECHR, *Case of Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and others vs. Portugal*, (Applications nos. 29813/96 and 30229/96), 11 January 2000, párr. 43.

⁷⁹ ECHR, *Broniowski vs. Poland*, no. 31443/96 (dec.), § 75, 19 December 2002; *Broniowski vs. Poland*, no. 31443/96 [GC], § 122, 22 June 2004.

consistentemente que diferentes actos legislativos, incluso imponiendo restricciones, pueden dar lugar a una situación de tipo continuada.⁸⁰

Igualmente, se ha determinado que una serie de actos pueden dar lugar a la creación de una situación continuada. Así, por ejemplo, en el caso *McFeely y otros vs. Reino Unido* la ya desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos determinó que diferentes actos relacionados con condiciones de detención pueden dar lugar a un estado permanente de continuidad. A partir de este precedente, el Tribunal Europeo en el caso *Agrotexim y otros vs. Grecia* determinó que diferentes actos del Consejo Municipal de Atenas podían considerarse una serie de pasos que conformaban una situación continuada.

En el caso *Phocas vs. Francia*, el Tribunal Europeo examinó un caso en el que el peticionario alegaba una situación continuada a raíz de un proceso expropiatorio que duró desde el 31 de julio de 1965 al 22 de enero de 1982.⁸¹ Esta continuidad en procesos expropiatorios también fue analizada por el Tribunal Europeo en los casos *Cviject vs. Croacia*⁸² y *Crnojevic vs. Croacia*.⁸³

En el sistema interamericano, esta Corte en el *Caso de la Comunidad Moiwana v Suriname* reconoció la existencia de efectos continuados a partir de diversas violaciones a derechos humanos. Como se comenta en la presente sentencia,⁸⁴ el caso trató de miembros de una comunidad tribal que habían tenido que desplazarse forzosamente de sus territorios sin poder regresar a los mismos por la situación de violencia que aún persistía. En ese caso, la Corte señaló que si bien los hechos del desplazamiento forzado se habían producido en un momento anterior al reconocimiento de la com-

⁸⁰ ECHR, *Hutton-Czapska vs. Poland*, no. 35014/97 (dec.), 16 March 2003 and *Hutton-Czapska vs. Poland*, no. 35014/97 [GC], §§ 152-153, 19 June 2006.

⁸¹ ECHR, *Phocas vs. France*, no. 17869/91, § 45-9, 23 April 1996.

⁸² ECHR, *Cvijetic vs. Croatia*, no. 71549/01 (dec.), 3 April 2003.

⁸³ ECHR, *Crnojevic vs. Croatia*, no. 71614/01 (dec.), 29 April 2003.

⁸⁴ Párrs. 34 y 35 de la Sentencia.

petencia contenciosa del Tribunal, “la imposibilidad del retorno a estas tierras supuestamente ha subsistido” motivo por el cual la Corte “tiene también jurisdicción para decidir sobre estos presuntos hechos y sobre la calificación jurídica que a ellos corresponda”.⁸⁵ Asimismo, la Corte constató que ese caso se refería a una situación de desplazamiento forzado de una comunidad tribal en la cual dicha comunidad no había sido reubicada a tierras alternativas en una situación de violencia y de inseguridad respecto a la cual el Estado fue declarado responsable. En dicho caso, la Corte declaró la violación del derecho a la circulación y residencia contenido en el artículo 22 de la Convención y, como consecuencia de ello, también declaró una violación al derecho de la propiedad contenido en el artículo 21 de la misma porque la situación de violencia les privó del uso y goce comunal de su propiedad tradicional.

El punto medular para determinar si un hecho constitutivo de violaciones a derechos puede catalogarse como continuado o no, consiste en determinar, según lo ha dispuesto el Comité de Derechos Humanos, si es que dichas violaciones continúan o tienen efectos que en sí mismos constituyen violaciones.⁸⁶ Así, por ejemplo, en los casos anteriormente analizados la afectación del derecho a la propiedad privada de los peticionarios se dio de forma continuada en virtud de que no habían perdido legalmente sus derechos como propietarios o en su caso como beneficiarios de una indemnización; por el contrario, estos habían sido víctimas de afectaciones conti-

⁸⁵ *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 43 y 108.

⁸⁶ Human Rights Committee, Communication No. 24/1977, *Lovelace vs. Canada*, Views adopted on 30 July 1981, para.7.3 Human Rights Committee, Communication No. 1367/2005, *Anderson vs. Australia*, decision on admissibility adopted on 31 October 2006, para. 7.3. Human Rights Committee, Communication No. 1424/2005, *Armand Anton vs. Algeria*, decision on admissibility adopted on 1 November 2004, para. 8.3.

nuadas en relación con la posibilidad de disponer fácticamente de sus propiedades o de recibir indemnización por las mismas.

Los precedentes anteriormente citados nos demuestran que la determinación de cuándo nos encontramos ante una situación continuada debe hacerse caso por caso. Para ello es importante considerar, entre otros aspectos: las normas jurídicas aplicables tanto a nivel internacional como nacional, la naturaleza de los hechos (tipo, duración, alcance, entre otros) y, por último, las afectaciones a los derechos que generan en los que acuden como presuntas víctimas al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

V. EL NO PAGO DE INDEMNIZACIONES COMO VIOLACIÓN CONTINUADA EN EL CASO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS KUNA DE MADUNGANDÍ Y EMBERÁ DEL BAYANO

Con el fin de determinar si la falta de pago de indemnizaciones en el presente caso constituye una violación continuada, se analizará *(ii)* el alcance del contenido del Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su interpretación por este Tribunal Interamericano en casos de pueblos indígenas; y *(i)* los hechos del presente caso, la legislación interna aplicable, así como las afectaciones a los derechos que se derivan de la situación de la falta de pago de indemnizaciones.

1. EL ALCANCE DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 21 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referente al derecho a la propiedad privada dispone en su segundo numeral que “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. Esto trae como consecuencia

que no sea posible que una expropiación, incluso respetando los principios de utilidad pública e interés social se dé sin que exista “el pago de indemnización justa” de por medio.

En el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* la Corte determinó que “[e]l artículo 21.2 de la Convención Americana expresamente señala como requisito para poder llevar a cabo una privación de la propiedad el pago de una justa indemnización”.⁸⁷ Así, el Tribunal Interamericano determinó que “en casos de expropiación el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional⁸⁸, el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y el del propietario. Dicho principio ha sido recogido en la Convención Americana en su artículo 21, al referirse al pago de una justa indemnización la cual debe ser adecuada, pronta y efectiva.”⁸⁹

En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha interpretado la norma contenida en el artículo 1º del Protocolo No. 1, considerando que existe un derecho intrínseco a recibir

⁸⁷ *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo.* Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179. párr. 95.

⁸⁸ *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo.* Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179. párr. 96; cfr. Artículo 1 del Protocolo No. 1 de la Corte Europea; y P.C.I.J *The Factory At Chorzów (Claim for Indemnity) (The Merits)* Judgment No. 13, p. 40 y 41.

⁸⁹ *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo.* Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 97 Cfr. *INA Corporation vs. The Islamic Republic of Iran*, 8 Iran US CTR, p.373; 75 ILR, p. 595; y Principios 15 y 18 de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Resolución G.A. Res. 60/147, Preámbulo, UN.Doc. A/RES/60/147 (Dec. 16, 2006). Cfr. *The WB, Guidelines of the Treatment of Foreign Direct Investment*; 1962. *Texaco case* 17 ILM, 1978, pp. 3, 29; 53 ILR, pp. 389, 489; *Aminoil case* 21 ILM, 1982, p. 1032; 66 ILR, p. 601; y *Permanent Sovereignty Resolution*; 1974 *Charter of Economic Rights Direct and Duties of States.*

una indemnización por la privación de la propiedad.⁹⁰ Asimismo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución No. 1803 señaló que dentro del marco de la soberanía de un Estado para la expropiación por causas de utilidad pública se encuentra el deber de éste de pagar al dueño la compensación apropiada.⁹¹ Más aún, el principio según el cual es exigible la indemnización en caso de expropiación ha sido reafirmado por la jurisprudencia internacional.⁹²

Asimismo, en el caso de los pueblos indígenas y tribales, esta Corte en el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam* consideró que “el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”.⁹³

Al respecto el Juez Manuel Ventura Robles en su voto concurrente en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* determinó que:

[E]l artículo 21 de la Convención hace referencia al pago de una justa indemnización, la cual según este Tribunal deberá ser adecuada, pronta y efectiva, ya que ésta es una de las medidas mediante las cuales el Estado puede cumplir con el objetivo de lograr un

⁹⁰ Cfr. ECHR, *James vs. UK*, Judgment of February 1985, Application no. 8793/79, párr. 54; y ECHR, *Lithgow and Others vs. the United Kingdom*, Judgment of July 1986, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/8, párrs. 114 and 120.

⁹¹ Cfr. Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” (1962).

⁹² Cfr. International Centre for Settlement of Investment Disputes, Arbitration between *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. and The Republic Of Costa Rica* Case No. ARB/96/1; *Asunto BP (British Petroleum Exploration Co. vs. Libyan Arab Republic*, octubre 10 de 1973 y agosto 1 de 1974; *Asunto Liamco*; y *P.C.I.J The Factory At Chorzów*, Judgment No. 7 (May 25th, 1926).

⁹³ *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 140.

justo equilibrio entre el interés general y el interés particular. De tal forma, que la Corte considera que para analizar la concurrencia de un justo equilibrio en el presente caso, es necesario observar tanto si se otorgó una justa indemnización, así como otros factores relevantes tales como la existencia de un excesivo tiempo transcurrido, cargas desproporcionadas o situaciones de incertidumbre de los derechos del propietario, las cuales contravienen el justo equilibrio que busca tutelar el artículo 21, así como el objeto y fin de la Convención.⁹⁴

En los casos *Sawhoyamaxa* y *Xakmók Kásek* ambos contra el Estado paraguayo, la Corte determinó como parte de la violación al artículo 21 la ausencia de reivindicación de los territorios ancestrales de dichas comunidades. Para poder resolver estos asuntos, la Corte tomó en cuenta que “[l]a base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá”.⁹⁵ Además, agregó que “[d]icha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”.⁹⁶

⁹⁴ *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, Voto concurrente a la Sentencia del Juez Manuel Ventura Robles, pág. 2.

⁹⁵ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214 párr. 112 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 131.

⁹⁶ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154 y *Caso Comunidad*

Además, la relación con las tierras debe ser posible.⁹⁷ Éste elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, a realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales.⁹⁸ En otras palabras, la Corte ya ha reconocido que las violaciones que tengan incidencia directa en el territorio de los pueblos indígenas a la luz de lo dispuesto por el Artículo 21 de la Convención deben ser analizadas considerando esta relación especial, que sin duda no existe en circunstancias ordinarias en personas o grupos de personas que no son indígenas.

2. EL NO PAGO DE INDEMNIZACIÓN COMO VIOLACIÓN CONTINUADA EN EL CASO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS KUNA DE MADUNGANDÍ Y EMBERÁ DEL BAYANO

Tal y como consta en la Sentencia, el pueblo indígena Kuna ha habitado la región del Bayano al menos desde el siglo XVI. Los Kuna tradicionalmente practican la agricultura de corta y quema y dependen para su subsistencia casi exclusivamente de la agricultura y la caza.⁹⁹ Por su parte, entre el siglo XVII y XVIII una parte del pueblo indígena Emberá migró desde la región del Chocó en Colombia

Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 131.

⁹⁷ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 131 a 132 y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214 párr. 113.

⁹⁸ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 132 y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214 párr. 113.

⁹⁹ Párr. 60 de la Sentencia.

a territorio que hoy es panameño, asentándose a orillas de los ríos de la actual Provincia de Darién. A principios del siglo XIX una parte del pueblo Emberá se trasladó a la región de Bayano. El pueblo Emberá se dedica tradicionalmente a la caza, pesca y artesanía.¹⁰⁰

Asimismo, se señala en la sección de hechos de la Sentencia, que en 1963 el Estado propuso la construcción de una represa hidroeléctrica (llamada Hidroeléctrica Ascanio Villalaz o Complejo Hidroeléctrico de Bayano) en la región del Bayano, la cual suponía la creación de un lago artificial y un embalse que cubriría aproximadamente 350 km² del área. Posteriormente, el 8 de mayo de 1969 el Estado adoptó el Decreto de Gabinete No. 123 el cual señaló que “con motivo de la construcción del Proyecto del Río Bayano parte de la actual Reserva Indígena, en el Alto Bayano, será inundada por la obra de embalse” y que era “deber del Estado proveer el área necesaria para la reubicación de los moradores de la reserva mencionada desalojados por la obra de embalse”. Como compensación del “área de la actual Reserva Indígena que será inundada” por dicho proyecto, se disponía el otorgamiento de nuevas tierras (adyacentes y ubicadas al Este de la reserva indígena) declaradas “inadjudicables”.¹⁰¹

Igualmente, este Tribunal dio por probado que el 8 de julio de 1971 se promulgó el Decreto de Gabinete No. 156 por el cual se estableció un Fondo Especial de Compensación de Ayuda para los Indígenas del Bayano para los indígenas que habitaban la reserva indígena del Bayano dentro de las áreas declaradas inadjudicables por el Decreto de Gabinete No. 123. Dicho Decreto consideró que “los grupos indígenas que habitan en la actual Reserva Indígena del Bayano tendrán que abandonar las tierras que ocupan debido a la ejecución de las obras del Proyecto Hidroeléctrico del Bayano” y que “estos grupos tendrán que ubicarse en las áreas establecidas

¹⁰⁰ Párr. 61 de la Sentencia.

¹⁰¹ Párr. 63 de la Sentencia.

como inadjudicables por el Decreto de Gabinete No. 123”. Asimismo, ese Decreto reconoció que “la mudanza a nuevas áreas implica para los indígenas grandes esfuerzos, acompañados de erogaciones económicas considerables, todo lo cual justifica, por razones de humanidad, las ayudas que el Estado acuerde a su favor” y dispuso que el “Servicio Forestal del Ministerio de Agricultura y Ganadería entregará a los representantes oficialmente reconocidos de los indígenas el monto de los ingresos que en virtud del artículo [segundo] formen parte del fondo especial de compensación y ayuda de que trata este Decreto de Gabinete”.¹⁰²

El Estado inició la construcción de la hidroeléctrica en 1972. Además, se creó el Proyecto de Desarrollo Integral del Bayano mediante el Decreto No. 112 de 15 de noviembre de 1973, el cual dispuso “[r]ealizar el traslado y reubicación de las comunidades ubicadas en las aéreas del embalse [y otras áreas]”. De 1973 a 1975 se realizó el traslado de los pueblos Kuna y Emberá en el Alto Bayano. Las comunidades Emberá se trasladaron inicialmente a otros lugares que resultaron inadecuados por lo que se reubicaron nuevamente a las actuales tierras. La construcción de la hidroeléctrica terminó el 16 de marzo de 1976. Como consecuencia de la construcción, varias aldeas indígenas quedaron inundadas y sus habitantes fueron reubicados.¹⁰³

La Corte determinó que entre 1975 y 1980 las autoridades estatales firmaron cuatro acuerdos principales con los representantes indígenas. Primero el acuerdo de Majecito en 1975 con los Emberá que se refirió a los lineamientos generales de la reubicación de dicha Comunidad, y posteriormente los acuerdos de Farallón en 1976; de Fuerte Cimarrón en 1977, y de la Espriella en 1980 con los Kuna de Mandungandí los cuales se refirieron a las indemnizaciones supuestamente acordadas entre las partes, como compensación de

¹⁰² Párr. 64 de la Sentencia.

¹⁰³ Párr. 65 de la Sentencia.

la inundación de las tierras indígenas y su desplazamiento. En los años posteriores a estos acuerdos, se realizaron varias reuniones entre dichas partes con el fin, principalmente, de buscar una solución al conflicto sobre las tierras entre los indígenas y los colonos, así como reconocer los derechos sobre las tierras de los indígenas Kuna y Emberá.¹⁰⁴

Así, al comienzo de los años 80, se constituyó una Comisión de carácter interinstitucional que se encargaría “del Ordenamiento y Manejo Integral de la Cuenca Hidrográfica de Alto Bayano” que se propuso como tarea, entre otros, hacer un primer estudio de la situación de tenencia de la tierra en algunas áreas que se consideraban conflictivas y entrar a definir los límites entre la Reserva de Madungandí y los colonos. Del mismo modo, el 23 de abril de 1982, el Gobierno promulgó el Decreto No. 5-A que reglamentó la adjudicación de parcelas, a título de venta, a colonos y ocupantes de tierras rurales declaradas como propiedad estatal, excluyendo las áreas de las tierras de los indígenas Kuna y Emberá. Posteriormente, el 3 de agosto de 1984 representantes del Estado, del pueblo Kuna y de la Corporación Bayano firmaron un Convenio de Acuerdo Mutuo el cual estableció, *inter alia*, que “se h[izo] ineludible cumplir con las responsabilidades adquiridas por el Gobierno Nacional con las comunidades indígenas Kunas ubicadas en el área” y que “uno de los compromisos adquiridos se refiere a la creación de la Comarca Kuna de Madungandí”.¹⁰⁵

Posteriormente, al comienzo de los años 90 se incrementó la incursión de personas que no son indígenas a las tierras de las comunidades Kuna y Emberá, y se intensificó la conflictividad en la zona, que originó múltiples respuestas estatales como la creación de un Equipo Interdisciplinario Gubernamental, integrado por varias entidades estatales el cual elaboró un acuerdo firmado el 23 de marzo de 1990 por dichas entidades y dos comisionados indígenas

¹⁰⁴ Párr. 66 de la Sentencia.

¹⁰⁵ Párr. 67 de la Sentencia.

del Bayano. Después, el 16 de julio de 1991 se firmó el Acuerdo de Trabajo para el Reordenamiento Territorial de Alto Bayano.¹⁰⁶

El 24 de enero de 1992 el Director General de la Corporación para el Desarrollo Integral del Bayano emitió la Resolución 002 resolviendo recuperar dichas tierras y “[e]stablecer un programa de ordenamiento territorial con el propósito de resolver de manera permanente los conflictos existentes”. El 17 de marzo de 1992 el Ministro de Gobierno y Justicia emitió la Resolución No. 63 la cual se refirió a la referida Resolución 002 y confirió a la Gobernación de la Provincia y la Alcaldía de Chepo las facultades necesarias para ordenar la reubicación de los “[C]olones invasores en las áreas de conflicto”.¹⁰⁷

En lo sucesivo se verificaron diversos actos estatales como la integración de una Comisión Mixta, integrada por representantes estatales e indígenas, la cual elaboró un estudio sobre la creación de una comarca para los Kuna y la demarcación de las tierras colectivas de las 42 comunidades Emberá,¹⁰⁸ el 31 de enero de 1995 fue celebrada una reunión entre autoridades estatales, el Cacique General de Madungandí y representantes de los campesinos de las diferentes comunidades en conflicto y fue suscrito un acuerdo. Asimismo el 29 de diciembre de 1995 se aprobó la ley creando la Comarca Kuna de una superficie aproximada de 1,800 km², la cual fue refrendada como Ley No. 24 el 12 de enero de 1996.¹⁰⁹

A raíz de diversos problemas surgidos por conflictos con colonos en la zona, según los hechos del caso, se crearon Mesas de Concertación en torno al Programa de Desarrollo Sostenible del Darién desde 1996 lo que originó que entre abril y junio de 2000 se llevara a cabo la demarcación física de la Comarca Kuna, proceso que fue realizado en coordinación con los representantes indígenas.¹¹⁰

¹⁰⁶ Párr. 68 de la Sentencia.

¹⁰⁷ Párr. 69 de la Sentencia.

¹⁰⁸ Párr. 70 de la Sentencia.

¹⁰⁹ Párr. 71 de la Sentencia.

¹¹⁰ Párrs. 72 a 75 de la Sentencia.

Sin contar los diversos esfuerzos en el sistema interamericano para buscar una solución amistosa a esta situación,¹¹¹ y la creación de una Comisión de Alto Nivel Presidencial, así como el establecimiento de un procedimiento para la adjudicación de propiedad colectiva de tierras indígenas y la delimitación de tierras Emberá.¹¹²

Aquí cabe recordar que una violación continuada “es la violación de una obligación internacional por medio de un acto de un sujeto de derecho internacional extendido en el tiempo y que causa una duración o continuación en el tiempo de dicha violación”.¹¹³ Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional ha dispuesto que “La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”.¹¹⁴ Asimismo, ha dispuesto que “La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación”.¹¹⁵

En este caso, es claro que la obligación no cumplida es la presunta falta de indemnización, la cual se debió haber otorgado a partir de lo dispuesto por el Artículo 21.2 que prevé el pago de una “justa indemnización” la cual debe ser a criterio de este Tribunal “adecuada, pronta y efectiva”.

¹¹¹ Párrs. 76 y 77 de la Sentencia.

¹¹² Párrs. 78 a 84 de la Sentencia.

¹¹³ Joost Pauwelyn, “The Concept of a ‘Continuing Violation’ of an International Obligation: Selected Problems” [1996] 66:1 BYIL 415, 415.

¹¹⁴ Artículo 14.2 de los Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional.

¹¹⁵ Artículo 14.3 de los Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional.

Adicionalmente, los diferentes hechos del presente caso, podrían catalogarse, a la luz del derecho internacional, como un hecho compuesto. El cual se puede definir como “[l]a violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, [que] tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito”.¹¹⁶ Así, “la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”.¹¹⁷ Los hechos compuestos siempre consisten en una serie de actos individuales del Estado que se suceden unos a otros en una secuencia separada de cursos de conducta, acciones u omisiones adoptadas en casos separados pero que en su conjunto contribuyen a la comisión del acto en su conjunto en cuestión.¹¹⁸ Considerados de forma separada, estos actos pueden ser lícitos o ilícitos, pero ellos se encuentran interrelacionados por tener la misma intención, contenido y efectos.¹¹⁹

La problemática en torno al presente caso que ha afectado a las comunidades indígenas Kuna y Emberá ha sido consistentemente reconocida por el Estado tanto a nivel político, administrativo, así como materialmente legislativo, todo esto acompañada de una afirmación categórica en el Decreto de Gabinete 156 de 8 de julio de 1971 en el sentido de que “la mudanza a nuevas áreas implica

¹¹⁶ Artículo 15.1 de los Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional.

¹¹⁷ Artículo 15.2 de los Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional.

¹¹⁸ ILC, “Report of the International Law Commission on the Work of its 30th Session” (8 May–28 July 1978) UN Doc A/33/10, 226.

¹¹⁹ ILC, “Report of the Commission to the General Assembly on the work of its 30th session” (1978) YB of the ILC, 1978, II, part 2, UN Doc A/CN.4/SER.A/1978/Add.1 (Part 2), 93.

para los indígenas grandes esfuerzos, acompañados de erogaciones económicas considerables, todo lo cual justifica, por razones de humanidad, las ayudas que el Estado acuerde a su favor”. Los diversos actos estatales en diferentes momentos reconociendo la situación desventajosa de las víctimas del presente caso a partir de la expropiación de sus territorios demuestra esta continuidad en los hechos.

La presente ha sido una situación conformada por diferentes circunstancias que si bien empezaron antes de la competencia contenciosa de este Tribunal Interamericano se han extendido hasta la fecha. La Corte alcanzó a ver parte de estas circunstancias parcialmente respecto a la falta de delimitar, marcar y titular las tierras de los indígenas Kuna y Emberá,¹²⁰ entrando al fondo y declarando violado el artículo 21 de la Convención Americana; sin embargo, de manera contraria, no se hace respecto a la obligación de indemnizar que también conforma una obligación particularmente señalada en el artículo 21.2 del Pacto de San José (indemnización justa) respecto al derecho de propiedad, como se ha venido analizado en el presente voto.

Al analizarse la excepción preliminar sobre falta de competencia *ratione temporis* no se entra a la discusión sobre si los hechos en el presente caso constituían por sí mismos una situación continuada; por el contrario, el criterio mayoritario opta por dejar implícito que no lo eran, sin entrar en detalle a este delicado problema jurídico en el caso concreto en detrimento del legítimo derecho a obtener una indemnización justa a los pueblos indígenas conforme lo prevé el artículo 21.2 del Pacto de San José.

De ahí se explica la razón por la que la mayoría de la Corte estuvo de acuerdo en invocar el precedente en el caso *García Lucero* (véase supra párr. 39 del presente voto) que establece que “la integralidad o individualización de la reparación solo p[uede] apreciarse a partir de un examen de los hechos generadores del daño y

¹²⁰ Párrs. 107 a 146 de la Sentencia.

sus efectos”.¹²¹ Considero que este precedente en nada modifica la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza de las violaciones continuas. En mi opinión, este precedente no es aplicable al presente caso por ser esta una situación continuada,¹²² debiendo haberse entrado al análisis específico sobre “la supuesta violación continuada del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí (“Kuna”) y Emberá de Bayano (“Emberá”) y sus miembros, por el alegado incumplimiento del pago de indemnizaciones relacionadas con el despojo e inundación de sus territorios ancestrales”, tal y como fue presentado el caso a este Tribunal Interamericano.¹²³

El criterio mayoritario, asimismo, trata de realizar la distinción con el caso *Moiwana vs. Suriname*¹²⁴ —precedente que reconoció la existencia de efectos continuados a partir de diversas violaciones a derechos humanos—. Si bien es cierto que el presente caso no es exactamente igual a aquél, es pertinente aclarar que conforme a los hechos probados del presente caso, conforme al derecho internacio-

¹²¹ *Caso García Lucero y otras vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párr. 37.

¹²² Este precedente si bien es correcto al resultar incluso coincidente con lo dispuesto por la Comisión de Derecho Internacional en los Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que en su Artículo 14.1 dispone que “La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.” Sin embargo, en el presente caso no estamos ante hechos aislados de consumación instantánea sino ante una situación continuada.

¹²³ Precisamente la Comisión Interamericana somete el caso ante la Corte, *inter alia*, por la violación continuada al derecho de propiedad, precisamente por incumplimiento de pago de indemnizaciones por el despojo de las tierras ancestrales. Véase párr. 1 de la Sentencia.

¹²⁴ En este sentido, el caso *Moiwana* encuentra mayor correspondencia con otros precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como los casos *Loizidou vs. Turquía*, y *Chipre vs. Turquía* (véase supra párr. 43 del presente voto) más que con casos que se encuentran principalmente relacionados con la falta de pago de indemnizaciones.

nal y en especial al derecho internacional de los derechos humanos, existían precedentes suficientes —que se han tratado de destacar, véanse supra párrs. 40 a 51 del presente voto— que de haberse aplicado siguiendo el principio pro persona, hubiesen guiado a este Tribunal Interamericano a una decisión diferente respecto a esta excepción preliminar, especialmente considerando que el alegado incumplimiento del pago de indemnizaciones está relacionado con el despojo e inundación a territorios ancestrales de pueblos indígenas. Consecuentemente, de haber desechado la excepción preliminar formulada por el Estado sobre la competencia *ratione temporis*, la Corte también pudo haber entrado a resolver la cuestión de si este reclamo era o no prescriptible.¹²⁵

Por último, es pertinente advertir que sería una falacia y un argumento de reducción al absurdo (*reductio ad absurdum*) pretender que cualquier tipo de expropiación de tierras indígenas presente, futura, pero sobre todo del pasado, constituye por ese solo hecho una situación continuada. Realizar dicha afirmación crearía una absoluta falta de certeza jurídica respecto a cualquier propiedad en el continente americano. Sin embargo, adoptar tajantemente la posición opuesta en lo general, sin analizar las circunstancias particulares de cada caso resulta desproporcional —como sucedió en el presente caso en el que se está ante una situación continuada por un hecho compuesto relativo al incumplimiento del pago de la indemnización—, dejando en desventaja a grupos de personas y comunidades que esta misma Corte ha reconocido como poseedores de una protección particular por parte del derecho internacional de los derechos humanos.

¹²⁵ En el párr. 45 de la Sentencia “la Corte considera innecesario pronunciarse sobre la referida excepción ya que ha sido acogida la excepción por falta de competencia *ratione temporis*, en relación con las indemnizaciones”, lo que queda reflejado en el Resolutivo 2 del fallo.

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES



I. POLÍTICA EDITORIAL

La *Revista* es una publicación académica semestral, sobre temas de investigación, comentarios jurisdiccionales y reseñas. Promueve e incentiva la publicación de las investigaciones realizadas por los estudiantes inscritos en los programas del Posgrado de Derecho de la UNAM. Cuenta con comité asesor y comité editorial conformado por destacados profesores universitarios nacionales y extranjeros.

II. LINEAMIENTOS EDITORIALES

Se preferirán trabajos originales e inéditos, que serán dictaminados por académicos nacionales e internacionales expertos en los temas sobre los que versen. Podrán realizarse traducciones al español, siempre que sean publicadas por primera vez en esta *Revista* y se cuente con los derechos o permisos correspondientes.

III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Considerando las observaciones descritas a continuación, la cuartilla contendrá entre 30 y 35 líneas y cada una de ellas deberá tener entre 80 y 90 golpes (caracteres y espacios). Estas características deben aplicarse a notas, apéndices, bibliografía y cualquier otro complemento del original. Los márgenes se dispondrán de la siguiente manera: superior e inferior, 2.5 cm; izquierdo y derecho, 3 cm; y la tipografía con las siguientes características: fuente, Times New Roman; tamaño, 12 puntos, a menos que se indique otra cosa; y 1.5 de interlínea.

1. TÍTULO

Éste es una palabra o frase con la función de dar a conocer el asunto que se va a tratar, por ello debe ser claro breve y conciso; en la

manera de lo posible deben evitarse los enunciados explicativos, pero de ser necesarios basta con separarlos del título con un punto. Es importante destacar que los títulos no deben escribirse en negritas o cursivas, tampoco es necesario subrayarlos y no llevan punto final; se escribirán en la misma fuente, Times New Roman, pero su tamaño será de 14 puntos, estará justificado y se usarán mayúsculas, o altas, y minúsculas, o bajas. Estas consideraciones deben aplicarse también a los títulos y subtítulos que dividen internamente la obra, como partes, capítulos, secciones, incisos y entradas.

2. AUTOR

El nombre del autor se escribirá en altas y bajas, y llevará el siguiente orden: apellido paterno, materno y nombres, estos últimos irán precedidos por una coma. Si la obra o artículo se escribió por más de un autor se separarán por punto y coma, y seguirán el mismo orden.

3. SINOPSIS CURRICULAR

Ésta no deberá exceder los 400 golpes, incluyendo espacios. Para evitar confusiones, cuando se trate de un texto con más de un autor se emplearán asteriscos para indicar cuál es el resumen curricular de cada uno. Es necesario incluir la institución a la que está adscrito actualmente.

4. CORRESPONDENCIA

Con la finalidad de propiciar el diálogo entre los autores y sus lectores, será necesario proporcionar un solo correo electrónico, éste no debe tener hipervínculos y se escribirá entre dígrafos (*v. g.*: <correo@unam.mx>).

5. SUMARIO

El sumario es una guía para el lector, por lo tanto no son exhaustivos, es decir, sólo contiene las secciones del trabajo que precede, aunque éste encierre también incisos y entradas. Se presentará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *sumario* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las secciones que conforman el artículo, estarán numeradas con romanos, al que le seguirá un punto, sin guión, un espacio y luego el nombre de la sección en altas y bajas, y con punto y coma, así hasta agotar las secciones; con la diferencia de que la última terminara con punto final.

6. RESUMEN

Éste es un texto breve y preciso, por lo que debe considerar sólo lo esencial del tema abordado en la obra. No excederá los 1,000 golpes, incluyendo espacios; estará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *resumen* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos, también en negritas, un espacio y luego el texto que compone propiamente al resumen y punto final. Este resumen deberá traducirse al inglés con el nombre de *abstract* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

7. PALABRAS CLAVE

Éstas son conceptos que destacan por su importancia en el tema tratado, el autor deberá presentarlas de la siguiente manera: las palabras *palabras clave* en altas y bajas, y en negritas, seguidas de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las palabras clave y punto final. Las palabras clave deberán traducirse al inglés con el nombre *Key words* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

8. FOLIOS

El original del material literario debe estar foliado en su totalidad, es importante que se emplee el formato: página actual en arábigos, un espacio, diagonal, un espacio y número total de páginas en arábigos (1 / 300, por ejemplo). El folio debe estar dispuesto en la esquina inferior derecha y se utilizará la misma fuente que en el resto del trabajo, Times New Roman a 12 puntos.

9. PARTES DEL ORIGINAL

Los materiales presentados deben considerar la siguiente división, aunque no es obligación que cuenten con cada una de las divisiones sugeridas:

- Título
- Autor
- Sinopsis curricular y correspondencia
- Dedicatoria
- Sumario
- Resumen
- Palabras clave
- Abstract*
- Key words*
- Cuerpo de la obra
 - I. Partes con números romanos
 - 1. Secciones en números arábigos
 - a) Incisos
 - Entradas en cursivas*
 - II. Fuentes
 - Apéndice o anexos

10. CITAS TEXTUALES

Las citas textuales de una obra deben, sin excepción, ofrecer la referencia bibliográfica, a la que se remitirá a través de un número en súper índice que, dado el caso, irá pospuesto a cualquier signo de puntuación, y concordará con el número de nota asignado a pie de página. Cuando la extensión de la cita es menor o igual a 350 caracteres (con espacios) irá delimitada por comillas (“ ”), pero si excede tal extensión se transcribirá *a bando*, es decir: separado del párrafo, sin comillas y sangrado 5 mm en todas sus líneas, dejando en blanco una línea antes y otra después del párrafo. Cuando la cita incluya entrecomillados internos se hará de la siguiente manera: “texto muestra ‘texto muestra’ texto muestra”.

Aunque lo común es que las citas *a bando* se escriban en un tamaño menor a la fuente empleada en el cuerpo del texto, no es necesario que el autor lo haga, pues esto dificulta la tarea del corrector de estilo y del editor al momento de revisar el material.

Como regla general, no es necesario indicar la supresión de texto al principio o al final de una cita; pero, por otro lado, si en la transcripción se ha prescindido de algún fragmento del texto original al interior de la cita, se indicará con puntos suspensivos entre corchetes ([]). Del mismo modo, si el autor siente la necesidad de agregar algún texto a la cita, lo hará entre corchetes.

11. NOTAS A PIE

Como ya se mencionó, las llamadas a nota se indicarán con números en súper índice. En caso de que haga falta una segunda serie se emplearán asteriscos.

Las notas a pie de página pueden contener información bibliográfica (aparato crítico) o bien comentarios un tanto al margen del tema principal que trata la obra. Para el primer caso, las referencias bibliográficas deben aparecer completas la primera vez a que se

mencionen y llevarán el siguiente orden: nombre del autor, empezando por nombre de pila, el nombre del libro en cursivas, ciudad de publicación, editorial, año de edición y la página o páginas consultadas. Posteriormente se emplearán las locuciones latinas o abreviaciones bibliográficas que para tales efectos se emplean.

12. TABLAS, GRÁFICAS Y FIGURAS

Las tablas deben estar compuestas por el autor, esto significa que no es suficiente copiar y pegar la información de Internet, pues ésta, por lo general, no tiene la calidad suficiente para ser impresa, además, es difícil que el diseño se adapte al propio de la publicación. Es necesario que las tablas no lleven un formato especial, por lo que no se deben sombrear las celdas y las líneas de división deben estar siempre visibles. El contenido debe estar compuesto en la misma fuente que todo el documento (Times New Roman a 12 puntos). Por otro lado, es muy importante que las tablas estén compuestas en una sola pieza; en ocasiones, cuando la tabla es muy grande, quien la elabora la divide en varias tablas, lo que, y pese a sus mejores intenciones, sólo complica el trabajo de edición.

En el caso de las gráficas y figuras, el autor debe, siempre que sea posible, realizarlas él mismo. También tendrá en cuenta que estos elementos son de carácter informativo no decorativo. Los pies deberán entregarse en el mismo archivo que su correspondiente gráfica o ilustración y seguirán el siguiente formato: comenzarán con la palabra *figura* en altas y bajas, y en negritas, seguida de un punto, también en negritas, y posteriormente el texto propio del pie, justificado y en la fuente Times New Roman a 12 puntos, con 1.5 de interlinea, llevará punto final.

Todas las tablas, gráficas e ilustraciones se entregarán sólo en archivo digital, uno por cada una, y deberán nombrarse de la siguiente manera: apellido del autor en altas, guión bajo, seguido del texto *tabla 1, gráfica 1, figura 1*, en altas y bajas, según sea el caso. Salvo

en ocasiones especiales donde la naturaleza de la gráfica obligue a emplear el original, éste se entregará junto al material impreso con las medidas de protección adecuadas para preservar la integridad del original, y, en caso de llevar pie, éste se entregará en formato digital siguiendo las indicaciones ya establecidas.

13. FUENTES

A. BIBLIOGRAFÍA

Las fichas bibliográficas que conforman el aparato crítico de la obra deben componerse en párrafo francés con sangría de 5 mm y contendrán los siguientes elementos en el mismo orden y separados por una coma:

Autor. Se escribirá empezando por apellidos usando versales y versalitas seguidos de una coma y el nombre de pila en altas y bajas. No se emplearan subrayados ni negritas. Cuando se trate de dos autores, el segundo se escribirá en el orden natural, es decir, nombre y apellidos, en altas y bajas, y se separará del primero con la conjunción *y* en redondas. Si se trata de una obra con tres o más autores, se pondrá sólo el nombre del primero seguido de la locución latina *et al.*

Si el libro carece de autor, la referencia bibliográfica entrará con el título siguiendo las características descritas para su caso. Pero si la obra es un trabajo realizado por un compilador o editor se colocará entre paréntesis la abreviación correspondiente: (comp.) o (ed.).

Título. Se escribirá con alta inicial y en cursivas sin importar el idioma en el que se encuentre. No se emplearán subrayados ni negritas.

Si se trata de un artículo incluido en una obra colectiva, se pondrá el nombre del apartado con alta inicial en redondas y entre comillas (“ ”), seguirá una coma y la palabra *en* en redondas, el nombre del compilador o editor en su orden natural seguido de

las abreviaturas *comp.* o *ed.*, según sea el caso, entre paréntesis; y el nombre del libro siguiendo las indicaciones ya descritas.

Pie de imprenta. Al pie de imprenta lo componen el nombre de la ciudad de publicación, casa editora y el año de publicación. Un error común que se debe evitar es poner el nombre del país en lugar de la ciudad; tampoco es necesario agregar la palabra editorial antes del nombre propio de la editorial, por ejemplo, debe decir: Porrúa; y no: Editorial Porrúa.

Tesis. Cuando la fuente citada es una tesis se seguirán las indicaciones descritas, pero el pie de imprenta no llevará la información de la casa editora, ni se debe poner el nombre de la universidad o institución como casa editora. Además se agregará la siguiente información, siempre separada por comas, después del año de publicación: palabra Tesis en altas y bajas y redondas, el nombre o siglas de la universidad y, en caso de existir, el nombre de la facultad o dependencia universitaria que expide el grado.

En ningún caso es necesario informar si la tesis fue sustentada en examen profesional de licenciatura, maestría o doctorado, tampoco se proporcionará el nombre de la licenciatura o posgrado.

Texto inédito. En caso de citar un texto inédito, como pueden ser apuntes de clase, los elementos que conformarán la ficha serán: nombre del autor o autores, según lo indicad; título del material con alta inicial, en redondas y entre comillas (“ ”); y terminará con la indicación *texto inédito*.

B. HEMEROGRAFÍA

Se entiende por material hemerográfico todas aquellas fuentes de publicación periódica, pueden ser: diarios, revistas, gacetas, entre otros. En general los componentes de una ficha hemerográfica son los mismos que se emplean en una ficha bibliográfica, aunque suma algunos elementos. A menos que se indique lo contrario, se seguirán las instrucciones dadas para la bibliografía.

Artículo de periódico. La ficha comenzará con el nombre del autor o autores, el nombre del artículo, la palabra *en* y el nombre del periódico, posteriormente, se colocará el país de publicación seguido de la ciudad, la fecha de publicación en el formato día, mes y año.

Si se trata de un suplemento, en vez del nombre del diario se pondrá el del suplemento en redondas usando altas y bajas, y entrecorillado (“ ”), posteriormente se agregará la abreviación *núm.* y el respectivo número del suplemento en arábigos. Una vez agregada esta información, la ficha continuará con el nombre del periódico y los demás datos como ya se ha indicado.

Artículos de revistas. Para estos casos sólo se agregaran los siguientes datos: después del título del artículo, se colocará el nombre de la revista en cursivas y precedido por la palabra *en*; también llevará el país y la ciudad de publicación, al que le seguirá el año de publicación consecutiva en romanos, el número, periodo de publicación (regularmente en meses), año e intervalo de las páginas consultadas.

IV. FECHA LÍMITE PARA LA RECEPCIÓN DE ORIGINALES PARA EL NÚMERO 3 (JULIO - DICIEMBRE, 2015)

La *Revista* recibe propuestas para su publicación en todo momento, sin embargo, si se desea publicar en el siguiente número, se deberán enviar los originales a más tardar el día 31 de diciembre de 2015 al correo electrónico: <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. El original deberá adjuntarse acompañado por el permiso correspondiente para su publicación (ubicado al final de este apartado).

V. LISTA DE VERIFICACIÓN

La siguiente lista tiene el propósito de ayudar al autor a preparar su original para su publicación en esta *Revista*, pero no sustituye las consideraciones anteriormente descritas.

- El original se recibirá en el entendido de que todos los autores están de acuerdo con su publicación (se anexa permiso firmado para su publicación).
- No se devuelven los originales recibidos para su publicación.
- El original se enviará en formato Word o RTF.
- Fuente: Times New Roman; tamaño: 12 puntos; interlínea: 1.5.
- Márgenes superior e inferior: 2.5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- Extensión: de veinticinco a treinta cuartillas. En el caso de reseñas y comentarios de cinco a diez cuartillas.
- Las palabras no irán separadas en sílabas al final del renglón; el idioma del procesador de textos empleado deberá estar predeterminado en español.
- No se dejará espacio entre párrafos.
- Las páginas deberán foliarse consecutivamente, iniciando con la página del título.
- El título deberá ser breve y descriptivo.
- Se incluirán el nombre de todos los autores, sinopsis curricular y sólo un correo para correspondencia.
- Se incluirán el resumen y las palabras clave, con sus respectivas traducciones al inglés.
- El uso de cursivas se limitará a títulos de obras (no secciones o de éstas) y términos escritos en una lengua diferente al español.
- No se empleará el uso de negritas ni subrayados.
- El aparato crítico se describirá a nota a pie de página y se empleará la nomenclatura latina que para tal efecto se emplea.
- En el apartado “Fuentes”, se listarán las obras consultadas alfabéticamente. Todas las referencias citadas en el texto deberán aparecer en esta sección y viceversa.



La Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Programa de Posgrado en Derecho

CONVOCA

Con el propósito de rescatar, valorar, difundir y promover la creación artística, a la comunidad de artistas gráficos, visuales y plásticos, así como al público en general interesado en estas expresiones artísticas, a presentar obra gráfica, en cualquier técnica, que trate algún aspecto relacionado con la UNAM o con el derecho para ilustrar la portada de la *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*.

PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

El artista deberá enviar sus propuestas en formato digital TIFF, PSD (CC2014 o posterior) o PDF con una resolución de 300 píxeles/pulgada al correo <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. Adjuntará, también, el permiso firmado para su publicación, ubicado al final de este apartado, así como un archivo en formato DOCX (word) con los siguientes datos: nombre o seudónimo –si es el caso–, técnica, medidas reales y breve semblanza curricular (máximo 100 palabras). La fecha límite para la recepción de propuestas será el 30 de abril de 2016.

SELECCIÓN DE PROPUESTAS

Las obras elegidas se utilizarán como portada de la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, y se difundirá a través de ella el trabajo del artista. El autor no cederá sus derechos patrimoniales ni morales, por lo que podrá utilizar su obra como a él mejor convenga.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Programa de Posgrado en Derecho - UNAM
El coordinador
Carlos Humberto Reyes Díaz

(Lugar), a __ de _____ de 201__.

INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR

P R E S E N T E

Quien suscribe, _____, autoriza a la Universidad Nacional Autónoma de México la publicación y divulgación (del artículo) (de la obra gráfica) intitulado(a) “_____”, en la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, en formato impreso y digital.

Asimismo, manifiesto bajo protesta de decir verdad que soy el autor y titular de los derechos (del artículo) (de la obra gráfica) antes mencionado(a), por lo que libero a la Universidad Nacional Autónoma de México de toda responsabilidad presente o futura que pudiera surgir respecto de la obra objeto de la presente autorización y que pudiera afectar intereses de terceros.

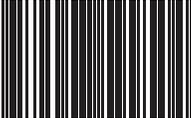
A T E N T A M E N T E

(NOMBRE Y FIRMA)



La *Revista de Posgrado en derecho de la UNAM*, editada por la Coordinación del Posgrado en Derecho de la UNAM, se terminó de imprimir el mes de julio de 2015 en los talleres de Creativa Impresores S.A. de C.V., calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09220, México, Distrito Federal, teléfonos 5703-2241 y 5592-2240. En su composición tipográfica se emplearon tipos Baskerville y **COOPERPLATE**. Tipo de impresión *offset*, las medidas 17 x 23 cm. Los interiores se imprimieron en papel Cultural de 90 gramos y los forros en Couché de 300 gramos. La edición estuvo al cuidado de Claudio Vázquez Pacheco y consta de 300 ejemplares.

ISSN 2007-5995



9 772007 599504

