

REVISTA
DEL POSGRADO EN
DERECHO
DE LA UNAM
Nº. 1



JULIO | 2
DICIEMBRE | 0
14

$\mathcal{R}_D$

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

NUEVA ÉPOCA , NÚMERO 1 | JULIO - DICIEMBRE 2014





DIRECTORIO

José Narro Robles

RECTOR

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

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 en trámite. Los autores son responsables de su contribución. Se permite la reproducción parcial o total del contenido otorgando el crédito correspondiente a la fuente. Diseño editorial: Claudio Vázquez Pacheco. Impresión: Creativa Impresores SA de CV, calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, CP 09920, México, D.F., teléfono 5703-2241.

COMITÉ ASESOR

Carina Gómez Fröde

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

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

Susana Dávalos

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Guadalupe Leticia García García

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN, UNAM

Julio César Ponce Quitzamán

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

COMITÉ EDITORIAL
(CONTINÚA)

Catalina Pérez-Correa

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS
DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Oscar Cruz Barney

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Enrique García Moisés

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

Gabriel Ferrer

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Hugo Carrasco Soulé-López

FACULTAD DE DERECHO, UNAM



ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
<i>Carlos H. Reyes Díaz</i>	
EDITORIAL.	17
<i>Guillermo Enrique Estrada Adán</i>	
REALIZANDO LA UTOPIA COMO UN ESFUERZO DOCTRINAL	21
<i>Anne Peters</i>	
MERCOSURIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS: ¿REASEGURO PARA SU VIGENCIA VERSUS REGRESIÓN CON UNASUR?	59
<i>Mariela Morales Antoniazzi</i>	
LA VULNERABILIDAD COMPRENDIDA DESDE LA FILOSOFÍA, LA SOCIOLOGÍA Y EL DERECHO. DE LA NECESIDAD DE UN DIÁLOGO INTERDISCIPLINARIO	121
<i>Laurence Burgorgue-Larsen</i>	
LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS INTERNACIONALES: UN ESTUDIO COMPARADO	133
<i>Salvador Guerrero Navarro</i>	
PUBLICIDAD Y DERECHOS HUMANOS	167
<i>Daniel Antonio García Huerta</i>	
EL DESARROLLO DE LAS INMUNIDADES DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES A TRAVÉS DE LAS CONTESTACIONES NACIONALES.	205
<i>Mateja Steinbrück Platise</i>	

LA FUNCIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y LA AUTODETERMINACIÓN, EN LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUEUDINARIO, DE MEXIHKO-TENOCHTITLAN	257
---	-----

José Luís García Espíndola

HEGEMONÍA PERIFÉRICA EN LA BÚSQUEDA PARA ASEGURAR LA RESPONSABILIDAD DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN EL RÉGIMEN DE SANCIONES INDIVIDUALES	291
---	-----

Larissa van den Herik

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES	331
--	-----

PRESENTACIÓN

La Universidad Nacional Autónoma de México es una institución de alta calidad mundial que tiene como sus objetivos fundamentales: la docencia, la investigación y la difusión de la cultura. El Programa de Posgrado en Derecho busca el cumplimiento cabal de estos ejes rectores, hace de ellos un ejercicio cotidiano dentro de los estudios en Derecho y Política Criminal, vertientes de conocimiento jurídico que desarrolla este Programa. No tengo duda, la docencia eficaz, la investigación más profunda y la difusión más especializada del conocimiento jurídico en México se deben al esfuerzo conjunto de las cuatro entidades universitarias que conforman el Programa: la Facultad de Derecho, la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, la Facultad de Estudios Superiores Aragón y el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Como parte de estos esfuerzos, la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM* comienza, con este número, una nueva época, y con ella pretendemos renovar el impulso a la labor académica al publicar colaboraciones de la más alta calidad, no sólo de profesores, tutores y alumnos adscritos a este Programa de Posgrado, sino también de egresados e invitados nacionales e internacionales, todos ellos referentes necesarios del quehacer jurídico contemporáneo. Por supuesto, tanto el lector de esta *Revista*, como aquél que desee colaborar en ella pueden tener la plena seguridad de que todos los trabajos propuestos son y serán revisados y dictaminados en cumplimiento estricto de los requisitos esenciales que comparten las publicaciones especializadas más destacadas en el área del derecho.

Esta nueva etapa de la *Revista* ve la luz bajo la supervisión de Guillermo Enrique Estrada Adán, como director, lo que, estoy seguro, garantizará una publicación que, además de ser un valioso material de consulta y apoyo del más alto nivel, promoverá la formación de

cuadros de investigadores de calidad óptima en todas las áreas del conocimiento jurídico; asimismo, en esta nueva etapa, la *Revista* se propone como un espacio de debate, es decir, una plataforma que permita un diálogo crítico entre los estudiosos del derecho y, que a su vez, redunde en nuevo conocimiento.

Para inaugurar esta nueva época, la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, no temo decirlo, ha seleccionado colaboraciones que despertarán el interés de cualquier lector, no es menor que contemos con trabajos de investigadores del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, de la Universidad de París-Sorbonne, o de la Universidad de Leyden. Sin que doctrinalmente se dividan los temas en grupos, pueden encontrarse algunas afinidades entre las publicaciones; por ejemplo, Anne Peters y Laurence Burgorgue-Larsen explican dos temas dentro de áreas del conocimiento filosófico jurídico; el primero, sobre utopía como esfuerzo doctrinal y, el segundo, sobre vulnerabilidad desde la perspectiva multidisciplinaria de la filosofía, la sociología y el derecho.

Por otro lado, los derechos humanos son un área que despierta mucho interés, por ello presentamos los trabajos de Mariela Morales Antoniazzi, quien hace una acusada reflexión del papel de la democracia y los derechos humanos dentro del contexto Mercosur-Unasur; mientras que Daniel Antonio García Huerta escribe sobre el discurso publicitario analizando su ejercicio y desarrollo en el marco de la libertad de expresión y el derecho a la información; a este respecto, José Luis García Espíndola aborda el derecho internacional humanitario como punto focal de su reflexión.

Este primer número de la nueva época de la *Revista* redondea sus colaboraciones con estudios que parten de una visión del derecho internacional general; Salvador Guerrero reflexiona sobre la ejecución de sentencias, en tanto que Mateja Steinbrück Platise trata el tema de inmunidades de las organizaciones internacionales y, por

último, Larissa van den Herik analiza la responsabilidad del Consejo de Seguridad de la ONU.

Con nuestro sincero agradecimiento a los colaboradores por ayudarnos a inaugurar esta nueva etapa de la *Revista del Posgrado en Derecho*, pedimos también a nuestra comunidad se sume a este esfuerzo y forme parte de la tarea editorial de calidad que ahora emprendemos y que esperamos sea satisfactoria para todos los que, como nosotros, hacemos de la labor académica jurídica nuestra principal actividad y vocación.

El Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM refrenda, con este proyecto, su compromiso con el conocimiento, así como con la calidad en la labor jurídica de la mejor institución académica de habla hispana, nuestra querida UNAM.

Carlos H. Reyes Díaz

COORDINADOR DEL PROGRAMA

NOTA DEL EDITOR A LA NUEVA ÉPOCA

Nuestra generación es heredera de una sociedad que ha trabajado furiosamente para destruirse: formamos parte de una civilización en ruinas. No somos culpables del mundo en el que vivimos, pero tampoco importa, la excusa, cualquiera que ésta sea, no es otra cosa más que la coartada de la mediocridad. No somos culpables, pero sí responsables de este mundo que no hemos creado: no hay sorpresa si se está preparado para ello. La cuestión no es vivir con nuestro tiempo, sino a favor o en contra de él. Podemos apostar por mantener, apuntalada, la ruina de nuestra civilización y continuar el curso de nuestra decadencia; o bien, podemos arriesgar por mandar todo a la ruina. En todo hay que comenzar por los principios.

La publicación de esta nueva época de la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM* avanza hacia el principio. Quiero decir que, desde nuestra trinchera, desde el Derecho, apostamos a la construcción de un nuevo mundo, uno que deba estar adecuadamente descrito porque estará adecuadamente discutido, y viceversa; en esta nueva época, la *Revista* no busca un saber que dé cuenta de un estado de hechos, sino un saber que lo cree; la crítica no debe temer ni a la pesadez de los fundamentos ni a la gracia de las consecuencias.

En estos tiempos se escribe mucho, se habla más aún, sin embargo, parece que todo se entiende menos. Como respuesta a ello, el Programa de Posgrado en Derecho, en general, y particularmente su *Revista* se dan a la tarea de aportar espacios que privilegien un diálogo mesurado, es decir, un diálogo grave, correcto y moderado; en oposición a aquellos discursos grandilocuentes de tono imperiosos que, en última instancia, sólo persiguen la propaganda personal. Nuestra apuesta está en contribuir a definir, en condiciones reno-

vadas, las modalidades y las posibilidades de una crítica que, por principio, sea práctica y, por necesidad, eficaz.

Paradójicamente, si bien, nosotros como institución, podemos producir condiciones de superación necesarias para nuestra sociedad, no podemos ser agentes activos de ella. Ésta depende, antes bien, de la actividad de los alumnos del Posgrado en Derecho, de su planta docente y de todos aquellos que, habituados a discernir el verdadero mapa de nuestra época, concentrarán sus esfuerzos para describirlo, discutirlo y, de ser preciso, echarlo abajo. Si el mundo que hemos heredado es nuestro enemigo, no debe quedar ninguna piedra en pie. Es preciso trabajar para hacer devenir ese porvenir justo que el Derecho deberá garantizar.

Sirvan, pues, estas breves palabras no como invitación, sino como un compromiso abierto...

Guillermo Estrada Adán
Ciudad Universitaria - UNAM, México
Enero de 2015

ARTÍCULOS

REALIZANDO LA UTOPIA COMO UN ESFUERZO DOCTRINAL

ANNE PETERS¹

RESUMEN: Este artículo examina si y cómo la academia jurídica internacional puede lograr el objetivo alcanzado por otras ciencias exitosas, esto es, la acumulación de conocimiento replicable. Se reflexiona sobre las ideologías y políticas que influyen en la actividad jurídico-académica, que no está completamente “libre de valores”. Por último, se analiza cómo la práctica y la academia jurídica internacional pueden apoyarse mutuamente.

PALABRAS CLAVE: *Derecho, Política, derecho internacional, doctrina jurídica internacional, práctica jurídica internacional, análisis normativo, Antonio Cassese.*

ABSTRACT: This article investigates whether and how international legal scholarship can achieve what successful sciences do, namely to accumulate replicable knowledge. It reflects about ideology and politics which affect legal scholarly activity which is not totally ‘value-free’. Finally, the article examines how international legal practice and scholarship can mutually support each other

KEY WORDS: *Law, Politics, international law, international legal scholarship, international legal practice, normative analysis, Antonio Cassese.*

SUMARIO: I. Introducción; II. El positivismo crítico de Cassese y sus trampas; III. ¿Qué es lo “académico” de la manera de abordar el derecho internacional por los académicos?; IV. La doctrina jurídica internacional y la reforma al derecho; V. La doctrina jurídica internacional y la política; VI. La doctrina jurídica internacional y la práctica; VII. La doctrina jurídica internacional aplicada y fundacional; VIII. La doctrina jurídica internacional multidimensional; IX. El análisis positivo y normativo; X. Conclusión.

¹ Profesora, Dr. iur., LL.M. (Harvard), Codirectora del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg, Alemania. Traducción de Karla Jones. Correcciones de Beat Streicher.

I. INTRODUCCIÓN

On résiste à l'invasion des armées; on ne résiste pas à l'invasion des idées.² Con esta referencia a Víctor Hugo en su conclusión a “Realizando la Utopía”,³ Antonio Cassese revela, en términos modernos de las relaciones internacionales, su enfoque “idealista” y parece un hombre que creía en el poder transformativo de las ideas. El mismo Cassese propagó lo que llamó un “positivismo crítico”.⁴ Isabel Feichtner, en su trabajo reflexivo, critica este enfoque y termina por negar su calidad como doctrina jurídica.⁵ En este artículo, quiero defender el positivismo “crítico o ideacional” y explicar por qué y cómo puede desarrollarse exitosamente como doctrina jurídica e incluso como “ciencia jurídica”, para usar el germanismo de Hans Kelsen.

II. EL POSITIVISMO CRÍTICO DE CASSESE Y SUS TRAMPAS

El positivismo crítico de Cassese es un método para investigar reglas e instituciones con una “adecuada contextualización, tanto socio-política como ideológicamente”.⁶ El positivista crítico “debe ser cauteloso de no proyectar sus propias ideologías y prejuicios sociales en sus propuestas de cambio”.⁷ Sin embargo, el intérprete puede y debe “recurrir a principios generales que consagren valo-

² VICTOR HUGO, *Histoire d'un crime: Déposition d'un témoin* (1887. 2009), p. 639.

³ A. CASSESE, *Realizing Utopia: The Future of International Law* (2012), p. 683. [La traducción al español se realizó por Karla Jones y fue supervisada por la autora. En adelante, para casos similares, se indicará con el texto “la traducción es nuestra”]

⁴ A. CASSESE, *Five Masters of International Law: Conversations with R-J Dupuy, E Jiménez de Aréchaga, R Jennings, L Henkin and O Schachter* (2011), p. 258.

⁵ FEICHTNER, “Realizing Utopia through the Practice of International Law”, *EJIL*, 23 (2012), p. 1143.

⁶ CASSESE, *supra* nota 4, p. 258.

⁷ CASSESE, *supra* nota 3, p. 683.

res universales de la comunidad internacional para llevar a cabo una interpretación teleológica de las normas presentadas”.⁸ Dichos principios deberían, por supuesto, también incluir propuestas para la reforma del derecho. Al mismo tiempo, Cassese se dio cuenta que dichos principios generales no proporcionarían una solución al problema analizado. Cuando esos “valores universales resultan estar en conflicto [...] el intérprete necesariamente tendrá que apoyarse en sus preferencias ideológicas o políticas”.⁹

Isabel Feichtner identifica dos críticas: primero, que incluso el positivismo crítico tiene una naturaleza ideológica, es decir, depende de que las preferencias políticas se mantengan ocultas en lugar de ser reveladas, como lo exigía Cassese; en segundo lugar, Feichtner reprueba las limitaciones disciplinarias de la doctrina que Cassese perseguía. Desde su perspectiva, el positivismo crítico es demasiado jurídico pues no incorpora métodos, puntos de vista y argumentos de otras disciplinas. Un abogado internacional debería no únicamente “manifestar sus preferencias ideológicas, sino[...] que debería ir un paso adelante y apoyar sus preferencias al hacer referencia a otras disciplinas, ya sea filosofía moral, economía o teoría social”. Feichtner identifica un dilema: arguye –por las razones expuestas con anterioridad– que es indispensable incorporar puntos de vista y argumentos de otras disciplinas para “ampliar la base de la confrontación de principios”. En otras palabras, la interdisciplinariedad es necesaria para mantener la calidad del trabajo académico. Sin embargo, por otro lado, es justamente esta interdisciplinariedad (y la incorporación de otras disciplinas jurídicas, como el derecho privado o el derecho penal en nuestros trabajos) “la que podría reducir nuestro idealismo respecto del derecho (internacional) como instrumento para lograr la Utopía”. *Los abogados, si quieren ser verdaderos académicos, no pueden, por lo tanto, ser idealistas.* Esto conlleva a Feichtner a la inevi-

⁸ CASSESE, *supra* nota 4, p. 259. [La traducción es nuestra].

⁹ *Ibid.*, p. 259.

table conclusión: “si como abogados internacionales queremos participar y encontrar consolación en el proyecto utópico del derecho internacional, necesitamos hacerlo no como académicos sino desde la praxis”. En pocas palabras, el argumento de Isabel Feichtner es que el tipo de actividad realizada por Antonio Cassese no satisface ni puede satisfacer los requisitos de la academia.

III. ¿QUÉ ES LO “ACADÉMICO” DE LA MANERA DE ABORDAR EL DERECHO INTERNACIONAL POR LOS ACADÉMICOS?

Esta crítica al intento de Cassese (y de otros) de reconciliar el método académico con un enfoque normativo e idealista ha agregado una perspectiva nueva a los viejos debates sobre el carácter académico (o científico) de la manera de abordar el derecho internacional por parte de la academia jurídica. ¿Realmente esto se merece la etiqueta de “doctrina” (o incluso “ciencia”)? Gran parte de la confusión que existe en este punto se remonta a la noción aristotélica de ciencia. Para Aristóteles, la ciencia era posible únicamente en relación con materias necesarias y universales.¹⁰ Esto se originó de su exigencia de una equivalencia estricta entre el conocimiento y la materia del conocimiento. Desde la perspectiva aristotélica, el derecho pertenecía al campo de la experiencia humana, lo cual se relacionaba con cosas transitorias y perecederas. El conocimiento práctico (φρόνησις), o prudencia (*prudentia*), la cual reconoce las realidades contingentes de la práctica, no era, por lo tanto, ciencia (ἐπιστήμη).¹¹ Así, la jurisprudencia era meramente un “sabio conocimiento del Derecho”.

¹⁰ “Todos concebimos que algo que conocemos científicamente no puede variar[...] un objeto del conocimiento científico, por lo tanto, existe por necesidad. Es, por ende, eterno[...]”: ARISTÓTELES, *The Nicomachean Ethics*, (trad. al inglés H. Rackham, 1996), Libro VI, iii, 2.

¹¹ “[R]esulta que la prudencia no es lo mismo que la ciencia[...] porque los aspectos de la conducta permiten variaciones” *ibid.*, Libro VI, iv, 3). De acuerdo con Harold Berman, la jurisprudencia de Aristóteles no era siquiera τέχνη, sino

Éste no es el lugar para repetir el debate general de si la doctrina jurídica es realmente επιστήμη (ciencia o doctrina), un debate que está cargado de cuestiones terminológicas estériles.¹² En su lugar, simplemente quiero preguntar si y cómo la doctrina jurídica (internacional) logra lo que supuestamente las ciencias deben lograr, es decir, la acumulación de conocimiento intersubjetivo replicable.

Los académicos jurídicos reconocen que la investigación jurídica debería, en principio, producir “nuevos descubrimientos”.¹³ Sin embargo, en la doctrina jurídica, las ganancias de conocimiento no son tan obvias e incluso se niega explícitamente que existen.¹⁴ ¿Cuál es la razón de la carencia de acumulación del conocimiento en la doctrina jurídica?¹⁵ La razón parece no encontrarse en los métodos de producción del conocimiento. El núcleo del proceso científico es la replicabilidad intersubjetiva del método; es decir,

que le incumbía a la ética, la política, la religión y la retórica. H.J. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (1983), p. 133.

¹² Vid., v. g., WEINBERGER, “Der Wissenschaftsbegriff der Rechtswissenschaften”, en *5 Studia Leibnitiana*, edición especial (*Sonderheft*) (1975) 102; Kaufmann, “Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft”, en *72 ARSP* (1986) 429; C. ENGEL y W. SCHÖN (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaften* (2007).

¹³ C. f., VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. I, (1840), p. xxii (versión en alemán), subrayó que “los conocimientos adquiridos [*Kenntnisse*] puestos en operación, en comparación con la época anterior, destaca altamente, [...] nada es más encomiable que el esfuerzo de enriquecer la ciencia con descubrimientos frescos[...].”

¹⁴ J.H. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (ed. H. H. Meyer-Tscheppe, 1988), p. 13: “[l]a doctrina jurídica[...] ha, desde los tiempos de Bacon, permanecido estática[...] [.] las controversias no han disminuido, sino que han aumentado, e incluso cuando la investigación completa y laboriosa considera finalmente haber alcanzado un resultado estable, pasa una década y la pelea comienza de nuevo”.

¹⁵ Una razón preliminar podría ser que la doctrina jurídica no busca la verdad (y con ello el conocimiento). Este punto de vista, sin embargo, no le hace justicia a las aspiraciones de la investigación jurídica.

del camino que lleva al resultado.¹⁶ En la doctrina jurídica, ante todo, los resultados se obtienen a través del argumento más que a través de la observación empírica. El estándar del argumento en la doctrina jurídica es, obviamente, alto. Los resultados de la doctrina jurídica generalmente serán replicables intersubjetivamente. La razón de la escasa acumulación de conocimiento es, más bien, el enfoque de la investigación jurídica en aplicaciones concretas del derecho. La doctrina jurídica ha sido conducida como “ciencia jurídica aplicada” durante los últimos 100 años. Falta el vínculo que conecta la teoría y los resultados de investigación menos abstractos. Esto es, “más que la construcción de un edificio[...] la acumulación de ladrillos en un montón”.¹⁷

Para construir el edificio de la doctrina jurídica, necesitamos teorías. En la teoría de la ciencia, las teorías se conciben más como modelos o estructuras que como sistemas de declaraciones.¹⁸ El requisito más general para todas las teorías científicas es el siguiente: las teorías deberían expresar los patrones o estructuras de los datos o de los fenómenos del campo bajo observación, tan medida y concisamente como sea posible. Deben reducir la complejidad de manera que “una teoría útil es una comprensión de los datos; comprensión es comprensión[...] Mientras más simple sea una teoría, mejor se entiende algo”.¹⁹ Es importante que las teorías se interrelacionen como piedras en una casa o piezas de un rompecabezas.

¹⁶ De esta manera, la característica central de la ciencia no es ni el uso de las matemáticas como pensaba Galileo Galilei, ni el proceso inductivo, como lo sugería Francis Bacon. *Vid.*, H. SCHWENKE, *Zurück zur Wirklichkeit: Bewusstsein und Erkenntnis bei Gustav Teichmüller* (2006), pp. 293-297.

¹⁷ J. BINDER, *Philosophie des Rechts* (1925), p. 948, refiriéndose al derecho comparado.

¹⁸ A. F. CHALMERS, *What is this Thing called Science?* (‘Theories as Structures II and II’, 104-148) (3a edn, 1999), capítulos 8 y 9.

¹⁹ *Vid.*, CHAITIN, ‘The Limits of Reason’, 294(3) *Scientific American* (Mar. 2006) 74 y las fuentes citadas en ese texto. “Contrariamente, si la única ley que describe datos es en extremo complicada, entonces los datos en realidad no tiene efectos

Este concepto de teoría es aplicable a la doctrina jurídica. Se reconoce que la mayoría de las llamadas teorías jurídicas no son teorías científicas en el sentido que recién se mencionó. Ejemplos de dichas “no-teorías” en el derecho internacional público incluyen la teoría declarativa del reconocimiento de los Estados contra la teoría constitutiva, la teoría constitucionalista contra la internacionalista respecto del artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, o la teoría absoluta contra la teoría relativa sobre las reservas a tratados multilaterales. Éstas no son teorías, sino simples recomendaciones singulares para solucionar cuestiones jurídicas concretas.

En contraste, existen teorías en el derecho internacional público que sí reducen la complejidad. Un ejemplo de dicha teoría de comprensión de datos es la subsidiariedad. La subsidiariedad es la base común de diferentes reglas (por ejemplo, la regla de agotamiento de los recursos internos, la prioridad de las organizaciones regionales sobre las operaciones del mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, y la complementariedad de la Corte Penal Internacional respecto de las cortes nacionales para perseguir crímenes internacionales bajo el artículo 17 de su Estatuto).²⁰ Sobre la base de esta reducción de la complejidad, los académicos pueden demostrar que la responsabilidad subsidiaria de la comunidad internacional de garantizar la seguridad humana cuando el Estado territorial falla en su deber de proteger encaja dentro del sistema jurídico internacional. Las teorías jurídicas internacionales en ese sentido²¹ generan conocimiento intersubjetivo replicable y son, por lo tanto, una ciencia exitosa.

jurídicos.” Así “una teoría tiene que ser más sencilla que los datos que explica, de otra manera, no explicaría nada” (*ibid.*). En este punto, Chaitin se apoya en Leibniz: “Mais quand une règle est fort composée, ça qui luy est conforme, passe pour irrégulier”: G.W. LEIBNIZ, *Discours de Métaphysique* (2a ed., 1985), p. 14.

²⁰ Cfr. CAROZZA, “Subsidiarity as a Structural Principle of Human Rights Law”, en 97 *AJIL* (2003), p. 38.

²¹ *Vid.*, sobre un sentido distinto de la investigación “teórica”, es decir, en el sentido de teorías sobre el derecho *infra*, sección VIII 1.

IV. LA DOCTRINA JURÍDICA INTERNACIONAL Y LA REFORMA AL DERECHO

Para Antonio Cassese, el académico jurídico internacional debería actuar como un reformador. Él opinaba, “[P]ara que un abogado no sea meramente un técnico, sino alguien con una mentalidad más abierta, también sería importante tratar de *contribuir a cambiar* el derecho además de interpretar el que ya existe”.²² Es, según Cassese, “la obligación moral de los abogados proponer reformas de las reglas y regulaciones cuando sea necesario”.²³ Esta sección discute cómo puede explicarse la contribución doctrinal a la reforma del derecho y cómo ésta puede justificarse en términos normativos.

El artículo 38(1) (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia menciona “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Los términos del artículo 38 (que datan de 1922) manifiestan el *Zeitgeist* de principios del siglo XX. La referencia a las doctrinas de los publicistas está inspirada en la histórica escuela jurídica y su actitud benévola hacia el derecho de los juristas o el derecho erudito, y fue heredero de la reacción (romántica) contra el ideal codificadorio del renacimiento. La formulación del derecho por los académicos es típica para áreas jóvenes y poco desarrolladas de éste (tal como, en el siglo XIX, el derecho privado doméstico en los Estados europeos continentales, y en el siglo XXI, el derecho privado europeo). Cualquier área nueva, rudimentaria y poco codificada del derecho requiere de estándares académicos. Referirse a Hugo Grocio como el “padre del derecho internacional” justamente señala la labor fundacional de los académicos. Con más esfuerzos de codificación y concretización del orden jurídico, esta contribución necesariamente emigra a un segundo plano.

²² CASSESE, *supra* nota 4, p. 143.

²³ *Ibid.*, p. 256.

Sin embargo, la importancia del trabajo académico permanece, y puede ser explicada al señalar algunas características especiales del derecho internacional. Éstas son, notablemente, su alto grado de dinamismo y la carencia de órganos legislativos. Por lo tanto, como lo establece, por ejemplo, Johann Caspar Bluntschli, corresponde a los académicos “pronunciar [el Derecho] nuevamente, [...] y a través de este pronunciamiento, aumentar su reconocimiento y validez”.²⁴ De este modo, Bluntschli les otorgó una función indirectamente legislativa a los académicos. Al hablar y escribir sobre una práctica amorfa y *opinio juris*, los académicos llevan a cabo una tarea de verbalizar y ordenar, misma que es necesaria para comprender una norma internacional y para hacer que ésta, en primer término, sea operativa. De hecho, parece como si las especiales dificultades de identificación de las normas internacionales hacen crucial el papel de clarificación de los académicos jurídicos internacionales. Y debido a que la identificación conlleva un tipo de sistematización, todos los académicos jurídicos internacionales son, en ese sentido, legisladores. Como lo estableció el ex asesor del gobierno británico, Michael Wood:

[...] una función más amplia e importante de los académicos (quienes frecuentemente también son practicantes) para dar forma y ordenar las hebras dispares que forman al derecho internacional. Más que en cualquier área del Derecho, el derecho internacional le debe su estructura y en muchas ocasiones la aclaración de sus reglas a los

²⁴ J.C. BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (1878), prólogo (‘Vorwort’), pp. iv-v: “Die Rechtswissenschaft darf [...] meines Erachtens nicht bloss die schon in frühern Zeiten zur Geltung gelangten Rechtssätze protokolliren, sondern soll auch die in der Gegenwart wirksame Rechtsüberzeugung neu aussprechen und durch diese Aussprache ihr Anerkennung und Geltung verschaffen helfen. Je empfindlicher der Mangel gesetzgeberischer Organe ist, welche für die Fortbildung des Völkerrechts sorgen, um so weniger darf sich die Wissenschaft dieser Aufgabe entziehen. Freilich muss sie sich auch davor hüten, der Zukunft vorzugreifen. Sie darf nicht unreife Ideen als wirkliche Rechtssätze und selbst dann nicht verkünden, wenn sie ihre Verwirklichung in der Zukunft klar vorhersieht” (énfasis añadido).

académicos, [...]En ese sentido son fundamentales para el sistema jurídico internacional.²⁵

De cualquier forma, los textos académicos no son derecho. Es un lugar común que estas “obras escritas no son una fuente (formal) del derecho, pero pueden constituir evidencia del mismo”.²⁶ Los académicos “deben esclarecer qué reglas deben ser aplicadas por la Corte, mas no crearlas”.²⁷ El artículo 38(1) (d) es la “bodega de donde pueden extraerse las reglas de los párrafos (a), (b), y (c)”.²⁸ La explicación clásica de la carencia del poder de legislar de la doctrina jurídica, es que los académicos no son parte de la estructura soberana del Estado. Hace 350 años, Tomás Hobbes expresó este hecho de la siguiente manera: “[l]a autoridad de los doctinarios, sin la Autoridad del *Commonwealth*, no hace de sus opiniones derecho, y nunca será así[...] Pues mientras que es naturalmente razonable; es el Poder Soberano el que es derecho”.²⁹ Y la Corte Inglesa de Almirantazgo determinó en 1778 que

[u]n hombre pedante dicta el derecho de las naciones en su clóset;; todo el mundo lo cita, pero a nadie le importa. El uso es sencillamente tan arbitrario como incierto; ¿y quién debe decidir cuando los doctos no están de acuerdo? Bynkershoek, tal como es natural para cualquier escritor u orador que sigue tras otro, disfruta contradecir a Grocio.³⁰

²⁵ WOOD, “Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38(1) ICJ Statute)”, en R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2011), disponible en: <www.mpepil.com>, párr. 3. [La traducción es nuestra].

²⁶ *Ibid.*, párr. 17.

²⁷ PELLET, “Article 38”, en A. ZIMMERMANN, C. TOMUSCHAT, Y K. OELLERS-FRAHM (eds.), *The Statute of the International Court of Justice* (2ª ed., 2012), párr. 304.

²⁸ S. ROSENNE con la asistencia de Y. RONEN, *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920-2005* (4ª ed., 2006), iii, p. 1551.

²⁹ T. HOBBS, *Leviathan* (1943 (Orig. 1651)), cap. 26, p. 143. [La traducción es nuestra].

³⁰ The “*Renard*”, 9. Dec. 1778, 165 ER 51, 222, p. 224.

Sin embargo, deducir la autoridad de los oradores y por ende la validez de las normas internacionales de la soberanía del Estado, no se corresponde con el entendimiento actual de la noción de soberanía, la cual, como se considera hoy en día, no es una fuente autónoma de autoridad, sino que es instrumental para la realización de los objetivos humanos.

La segunda explicación típica de la carencia de la doctrina jurídica del poder de legislar no es mejor. Se trata de la afirmación de que los textos académicos no son una fuente reconocida del derecho internacional.³¹ Sin embargo, la clausura normativa del orden jurídico internacional mediante la inminente construcción de fuentes ha resultado poco útil y es, desde la perspectiva de la teoría jurídica, altamente cuestionable. Parece más provechoso determinar la calidad “de derecho” de cualquier norma social, no mediante la metáfora paradójica de las fuentes, sino desde una base casuística.³² Desde esta perspectiva, que se desprende del pluralismo jurídico, la facultad de los actores sociales de hacer derecho no se niega categóricamente.³³ Consecuentemente, un “derecho erudito moderno” es concebible.

Una alternativa que da cabida a la facultad académica de hacer derecho es expuesta por los estudiosos críticos (*critical legal studies*) que combinan erróneamente la observación del derecho con su creación. Cuando Martti Koskenniemi establece que “[e]l derecho internacional es una práctica argumentativa”,³⁴ no establece quién elabora los argumentos ni los argumentos de quién pueden consi-

³¹ En alemán, no una *Rechtsquelle*, sino meramente una *Rechtserkenntnisquelle*: Hillgruber, ‘Braucht das Völkerrecht eine Völkerrechtstheorie?’, en M. JESTAEDT y O. LEPSIUS (eds.), *Rechtswissenschaftstheorie* (2008), pp. 113, 115.

³² T. VESTING, *Rechtstheorie* (2007), pp. 78-95.

³³ Cfr. A. PETERS, L. KÖCHLIN, T. FÖRSTER, y G.F. ZINKERNAGEL (eds.), *Non-state Actors as Standard Setters* (2009).

³⁴ KOSKENNIEMI, “Methodology of International Law”, en WOLFRUM (ed.), *supra* nota 25, párr. 1.

derarse *juris-generativos*. El entendimiento del derecho internacional como una práctica argumentativa implica que el discurso de la academia *es* derecho internacional y no es únicamente hablar del derecho internacional. Sin embargo, este enfoque es riesgoso. El discurso académico no constituye derecho como tal. Lo que le da el estatus de derecho internacional a algunos textos no es el hecho de haber sido promulgados por un soberano ni de estar definidos como fuente. Se debe a la doble característica de algunas normas, ellas son socialmente necesarias para la regulación global y han sido elaboradas con la participación de las personas afectadas. Si tomamos esto como estándar, los académicos, como individuos o como comunidad epistémica,³⁵ no están autorizados para hacer derecho. Su experiencia no es una base suficiente para crear derecho internacional. Al referirse a un “código” de expertos, la entonces Corte de Primera Instancia formuló los lineamientos relativos a las responsabilidades políticas y la legitimidad democrática de la Comisión y estableció que

Mientras que el ejercicio del poder público por la Comisión está legitimado por el control político del Parlamento Europeo, conforme al artículo 155 del Tratado CE (actualmente artículo 211 CE), los miembros del SCAN, pese a disponer de una legitimidad científica, no tienen ni legitimidad democrática ni responsabilidad política. Ahora bien, la legitimidad científica no basta para justificar el ejercicio del poder público. [Actualmente artículo 17(1) del TUE (Lisboa), ex artículo 211 de la CE].³⁶

Mientras que la experiencia puede ser una fuente de legitimidad y autoridad, deben agregársele factores adicionales para garantizar

³⁵ De acuerdo con Peter M. Haas, EpComs son “redes de expertos con conocimientos”: HAAS, “Introduction: Epistemic Communities and International Policy Co-ordination”, en 46 *Int'l Org* (1992) 1, p. 2.

³⁶ Asunto T-13/99, *Pfizer Animal Health v. Consejo de la Unión Europea*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002, C 289/41, párr. 201.

que cuenta con autoridad para hacer derecho; es decir, factores institucionales y procesales como la representatividad, la participación y la publicidad. Los académicos jurídicos internacionales no son electos y no representan intereses. Debido a que no intentan regular sus propios asuntos (como los pueblos indígenas, las comunidades religiosas o los comerciantes globalmente activos), sus textos no se comparan al derecho indígena o canónico o a la *lex mercatoria*.

Para concluir, los académicos jurídicos internacionales, aun cuando actúan en grupos institucionalizados como el *Institut de droit international* o la *International Law Association*, no pueden y no deben hacer derecho internacional en el mismo sentido que los gobiernos. Las codificaciones académicas pueden adquirir el estatus de derecho únicamente mediante su adopción por parte de un actor gubernamental o inter-gubernamental. Un ejemplo es el Código Lieber, el cual se convirtió en una instrucción formal para el Ejército solo después de su incorporación a una orden ministerial promulgada por el Secretario de la Defensa.³⁷

Nuevamente, la razón de la necesidad de dicha ratificación no es que los académicos no sean parte de la estructura soberana del Estado o que sus textos no sean definidos como fuente, sino que las instituciones y procedimientos en las que realizan códigos, resoluciones y *memoranda* carecen en gran medida de los factores legitimadores de representatividad, participación, publicidad y rendición de cuentas. En consecuencia, la autoridad de los académicos no es institucional, procesal o social, sino únicamente epistémica.

Y esta situación, para subrayar un punto importante, no puede ser modificada sin que la academia pierda su esencia. Los académicos no rinden ni deben rendir cuentas a clientes reales, sino únicamente

³⁷ “Lieber Code”, *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, 24 de abril de 1863. Las normas fueron revisadas por un grupo de miembros del Ejército y luego adoptadas por el entonces Secretario de la Defensa, Ed Townsend, Ayudante General Auxiliar (Órdenes del General No. 100), disponibles en: <<http://civilwar.home.com/liebercode.htm>>.

a entes ideales como la comunidad científica, la verdad, el público, sin que esta rendición de cuentas ideacional esté formalizada. Justamente esta falta de rendición de cuentas es la contraparte de la falta de poder de los académicos para “hacer derecho”. Ello, en su turno, es una precondition para pensar libremente y fuera de lo convencional. Únicamente debido a que los textos académicos no tienen consecuencias jurídicas directas (como derecho), y solo porque los académicos carecen de responsabilidades formales e institucionales (lo cual no excluye una responsabilidad más amplia frente a la sociedad en su conjunto), es la razón por la cual pueden dedicarse a concebir experimentos y a la especulación, y por lo tanto “proveer de ideas y sacar propuestas a flote que podrían fungir como ‘parteras’ del cambio jurídico y social”, tal como dijo el constante ingeniero social Cassese.³⁸

V. LA DOCTRINA JURÍDICA INTERNACIONAL Y LA POLÍTICA

La obra de Antonio Cassese es profundamente política. Desmiente la búsqueda pura de la separación estricta entre el derecho (y la doctrina jurídica) y la política, como lo formuló enérgicamente Hans Kelsen. En el prólogo de Kelsen a su comentario de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1950, así como en su obra *Principios de Derecho Internacional Público* de 1952, subrayó que estas obras contenían un “enfoque jurídico y no político” de la Organización de las Naciones Unidas y otros aspectos internacionales. Kelsen continuó al expresar que el libro “se ocupa del derecho de la Organización, y no así de su papel actual o deseado en el juego internacional de poderes. Es posible la separación del derecho y la política en la presentación de problemas nacionales o internacionales”.³⁹

³⁸ CASSESE, *supra* nota 3, p. 683. [La traducción es nuestra].

³⁹ H. KELSEN, *The Law of the United Nations* (1950), p. viii. *Vid.*, Kelsen, ‘Preface to the First Edition (1952)’, en H. KELSEN Y R.W. TUCKER (eds.), *Principles of International Law* (2ª ed., 1967), p. ix: “Creo que es necesario enfatizar el carácter

En contraste con la creencia y la aspiración de Kelsen, hoy en día es ampliamente reconocido que los académicos jurídicos internacionales son actores políticos. Primero, porque su objeto de estudio es en sí mismo un asunto político. El derecho internacional es altamente político. Los realistas estrictos como Georg Schwarzenberger lo llaman “poder disfrazado”.⁴⁰ En contraste, el idealista realista Antonio Cassese (al citar a Georges Scelle) caracterizó al derecho jurídico internacional (desde mi punto de vista de manera más adecuada), como el “resultado de la combinación de la ética y el poder”.⁴¹

El derecho internacional es político, no solo porque depende del poder político, sino también porque transporta valores políticos. Las escuelas de pensamiento más influyentes de nuestro tiempo, la escuela *New Haven*⁴² y los estudios académicos críticos (*Critical Legal Studies*), han insistido en este punto, aunque con argumentos distin-

puramente jurídico de este libro, en oposición con la tendencia generalizada entre los autores del derecho internacional, quienes –a pesar de que no se atreven a negar el carácter jurídico y por lo tanto la fuerza vinculante de este orden social– abogan por un enfoque distinto al jurídico, es decir, el político, como el enfoque adecuado. Este punto de vista, en mi opinión no es más que un intento de justificar la no aplicación del derecho existente en caso de que esté en conflicto con algún interés, o más bien, con lo que el autor respectivo considera el interés de su Estado”. Todo lo demás “no era una teoría política del derecho internacional, *sino una ideología política*” (énfasis añadido). [La traducción es nuestra].

⁴⁰ G. SCHWARZENBERGER, *Power Politics: A Study of World Society* (3ª ed., 1964), pp. 199 y 202-203: “la función principal del derecho es asistir en el mantenimiento de la supremacía de la fuerza y las jerarquías establecidas con base en el poder[...] las políticas del poder disfrazadas”. [La traducción es nuestra].

⁴¹ CASSESE, *supra* nota 3, p. 683; G. SCELLE, *Manuel de droit international public* (1948), p. 6: “Les règles de droit viennent de la conjonction de l'éthique et du pouvoir”. [La traducción es nuestra].

⁴² Cfr. R. HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use it* (1994), p. vi: “Intento demostrar que existe una elección inescapable que debe hacerse entre la percepción del derecho internacional como un sistema de reglas neutrales y el derecho internacional como un sistema de toma de decisiones para conseguir ciertos valores declarados”. [La traducción es nuestra].

tos, y no se han cansado de revelar, mediante nuevos ejemplos, las pretensiones de neutralidad y tecnicismo del derecho internacional como una quimera.

En segundo lugar, los académicos jurídicos son políticos puesto que son expertos. Los expertos no son técnicos, neutrales, ni sin ideología, es decir, apolíticos. Por el contrario, lo que ocurre es la “política de la experticia”.⁴³ “[P]ues el conocimiento es en sí mismo poder”, como lo planteó Francis Bacon.⁴⁴ Michel Foucault le dio un giro diferente a este punto de vista: los objetivos del conocimiento y los objetivos del poder son los mismos “en el conocimiento controlamos, y al controlar conocemos”.⁴⁵

Finalmente, el investigador en derecho internacional es un actor político pues sus juicios de valor normalmente conllevan implicaciones políticas. Los valores son un componente de cualquier elaboración académica del derecho internacional. El *Werturteilsstreit*⁴⁶

⁴³ KENNEDY, “The Politics of the Invisible College: International Governance and the Politics of Expertise”, en 5 *European Human Rts L Rev* (2001) 463; *id.*, “Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance”, en 5 *Sydney L Rev* (2005) 3.

⁴⁴ FRANCIS BACON, *Mediationes Sacrae* (1597), cap. 11, ‘Of Heresies’, p. M4 (Con respecto a Dios).

⁴⁵ Stanford Encyclopedia of Philosophy, ‘Michel Foucault’ (2008). M. FOUCAULT, *Discipline and Punish* (trad. A. Sheridan, 1975), pp. 170-177. Foucault analizó la co-constitución mutua del conocimiento y del poder en relación con la observación (visual) en las prisiones como método de ejercer un poder “disciplinario”, pero sus textos sobre este punto han sido recibidos más como una apreciación general por la doctrina jurídica posterior (notablemente la doctrina jurídica crítica).

⁴⁶ De acuerdo con Max Weber, “la jurisprudencia[...] evalúa lo que es válido de conformidad con las reglas del pensamiento jurídico, el cual está compuesto en parte por la lógica y en parte por los esquemas establecidos convencionalmente. Así, determina si ciertas reglas jurídicas y ciertos modos de interpretación deben considerarse vinculantes. No responde la pregunta precisamente de si estas reglas deben ser creadas. La jurisprudencia sólo puede declarar que, si uno quiere triunfar, entonces esta norma jurídica es la manera correcta de hacerlo de conformidad con las normas de nuestro sistema jurídico”: WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, (1919), p. 23 (énfasis en el original).

y el *Positivismusstreit*⁴⁷ han eliminado la antigua creencia reconocida de que la ciencia y los valores podían separarse. Anteriormente, la única pregunta que se planteaba era si el académico debía o no pronunciar algún juicio de valor. Más allá del *Positivismusstreit*, la problemática es vista al revés: la severidad de la ciencia y de los valores ha sido cuestionada. La pregunta dejó de ser si el académico debía o no pronunciar un juicio de valor, sino que por el contrario, si en efecto podía abstenerse de hacerlo. La respuesta común de hoy en día, y la de Isabel Feichtner,⁴⁸ es que no. Una actividad académica completamente libre de valores parece imposible, pues cualquier pronunciamiento e interpretación están pre-estructurados por el *Vorverständnis* del orador. La doctrina jurídica internacional es libre de valores únicamente en el sentido de que (como se explicó previamente) no genera las normas (jurídicas), sino únicamente produce pronunciamientos sobre las normas (sobre el derecho).

Por otro lado, dotar de expresión a las convicciones subjetivas no es el propósito principal de la doctrina. Los académicos jurídicos internacionales deben, por lo tanto, encontrar un justo equilibrio entre el postulado poco realista de la libertad de valores (*Wertfreiheit*) y una evaluación y una sobre evaluación de los mismos.⁴⁹ Max Weber escribió que cuando estos valores se exponen y se reflejan, mas no se venden como ideas científicas, la dependencia de tales valores no daña el carácter académico de la reflexión.⁵⁰ En el mismo sentido, Antonio Cassese expresa: “[I]o que importa[...] es que él o ella [el/la académico/a] debe referir explícita y claramente que la elección

⁴⁷ Vid., H. MAUS y F. FÜRSTENBERG (eds.), *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie* (1969).

⁴⁸ FEICHTNER, nota 5, *passim*.

⁴⁹ ENGI, “Wissenschaft und Werturteil - Wissenschaft und Politik”, en *4 Ancilla iuris* (2009) 25.

⁵⁰ WEBER, “Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis”, (1904), en *ibid.*, *Methodologische Schriften*, ed. por Johannes Winckelmann (1968), pp. 1, (p. 4).

entre dos valores en conflicto está basada en una inclinación o sesgo personal, y no en una precedencia jurídica ‘objetiva’ de un valor sobre el otro”.⁵¹

En este sentido, toda la actividad académica es inexorablemente política. En 2004, durante la conferencia inaugural de la *European Society of International Law*, en Florencia, Martti Koskenniemi expresó: “[I]a elección no es entre derecho y política, sino entre una política del derecho y la otra. Todo está en juego, pero no para todos. ¿Y cómo se puede distinguir? Pues, en la misma manera en la que distinguimos entre lo que es y lo que no es kitsch”.⁵²

VI. LA DOCTRINA JURÍDICA INTERNACIONAL Y LA PRÁCTICA

Antonio Cassese era un académico brillante, un *homme de lettre*, pero también un practicante internacional muy activo y reconocido.

1. CÓMO LA PRÁCTICA APOYA A LA ACADEMIA

Para Cassese era “obvio decir que uno no puede ser un buen abogado sin tener, en algún punto u otro, práctica en el derecho”.⁵³ En primer lugar, la práctica jurídica internacional (y la práctica de uno mismo) provee, de hecho, temas para el análisis académico.⁵⁴ En segundo lugar, la experiencia práctica propia ayuda a dilucidar dónde se encuentra verdaderamente el derecho internacional empíricamente. Por ejemplo, un profesor que explica el derecho a sus alumnos, puede corroborar que sus afirmaciones reflejan el derecho

⁵¹ CASSESE, *supra* nota 4, p. 259. [La traducción es nuestra].

⁵² KOSKENNIEMI, “International Law in Europe: Between Tradition and Renewal”, en *16 EJIL* (2005) 113, p. 123.

⁵³ CASSESE, *supra* nota 4, p. 260. [La traducción es nuestra].

⁵⁴ *Vid.*, sobre el papel de los practicantes y los doctrinarios en el derecho internacional de manera más general PETERS, “Rollen von Rechtsdenkern und Praktikern - aus völkerrechtlicher Sicht”, en *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 47 (Heidelberg: CF Müller 2012), pp. 105-173.

tal como es, si se pregunta si dichas explicaciones se mantendrían también ante la CIJ.

En tercer lugar, la práctica permite probar las teorías (académicas) propias. Siendo presidente de la CIJ, Lord McNair estableció que:

Si puedo expresar mi testimonio tanto como profesor como practicante, puedo decir que constantemente he tenido la siguiente experiencia. Mientras que pude haber pensado, como profesor o como el autor de un libro o artículo, que había examinado adecuadamente una norma jurídica en particular, constantemente he encontrado, que cuando me he enfrentado a la misma norma jurídica al escribir una opinión profesional o al contribuir a una sentencia, me ha sorprendido la apariencia distinta que la norma puede asumir cuando está siendo examinada para su aplicación práctica a ciertos hechos alegados. Tal como se establece en el libro, puede parecer el más perfecto ejemplo de sabiduría, pero cuando quiere aplicarse, sus calificaciones y modificaciones necesarias surgen en la mente. De ninguna manera estoy sugiriendo que el enfoque académico es más superficial que el práctico[...] [E]n mi opinión, cuando el abogado y el juez se enfrentan con la necesidad de aplicar una norma jurídica, o una supuesta norma jurídica a ciertos hechos establecidos por la evidencia, es probable que el elemento jurídico presente en la solución que resulte será una norma jurídica más útil y más práctica que una norma elaborada por un profesor o autor en su estudio mientras trabaja solo y en abstracto.⁵⁵

En conclusión, la práctica jurídica proporciona la “comprobación de la realidad” de la doctrina jurídica internacional.

⁵⁵ LORD MCNAIR, “The Development of International Justice: Two Lectures Delivered in the Law Centre of New York University” (1954), en LORD MCNAIR, *Selected Papers and Bibliography* (ed. Sir Gerald Fitzmaurice und R.Y. Jennings, 1974), pp. 242, 257-258. [La traducción es nuestra].

2. CÓMO LA DOCTRINA APOYA A LA PRÁCTICA

Mientras que la práctica jurídica internacional evidentemente es útil e importante para el académico, la fórmula invertida es igualmente verdadera: la doctrina internacional puede ayudar a la práctica jurídica internacional. ¿Bajo qué circunstancias y de qué manera ocurre lo anterior?

Hans Georg Gadamer escribió que “la teoría debe justificarse ante los foros prácticos”.⁵⁶ Así que ¿la teoría sólo es valiosa si tiene aplicación práctica? Alego que el poder explicativo de una teoría ya es en sí mismo una forma de aplicación práctica: no hay nada más práctico que una buena teoría.⁵⁷

El vínculo de la doctrina jurídica con la práctica ha sido tradicionalmente estrecho. En Europa continental, la doctrina jurídica ha sido llamada “una teoría para reflejar la práctica”, cuya esencia es ésa relevancia práctica.⁵⁸ Bajo esta perspectiva, la doctrina jurídica

⁵⁶ GADAMER, “Lob der Theorie”, en H.-G. GADAMER, *Lob der Theorie: Reden und Aufsätze* (1983), pp. 26, 38.

⁵⁷ Este *dictum* es atribuido a Immanuel Kant pero probablemente fue acuñado por Ludwig Boltzmann. *Vid.*, PETERS, “There is Nothing More Practical than a Good Theory: An Overview of Contemporary Approaches to International Law”, en *44 German Yrbk Int'l L* (2001) 25. KANT, “Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nichts in der Praxis”, en W. WEISCHEDEL (ed.), *Immanuel Kant: Werke in 12 Bänden*, xi (1977), pp. 127-172, Cap. III, “Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Völkerrecht, in allgemein-philantropischer Absicht, d.i. kosmopolitischer Absicht betrachtet”. Esto fue expresado por primera vez (sin referencia a Kant) por BOLTZMANN, “Über die Bedeutung von Theorien (1890)”, en L. BOLZMANN, *Populäre Schriften* (ed. E. Bora, 1979), pp. 54, 57: “Daß [...] die Theorie auch das denkbar praktischste, gewissermaßen die Quintessenz der Praxis sei”.

⁵⁸ VON ARNAULD, “Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht nach einer Öffnung für die sozialwissenschaftliche Theorie”, en A. FUNKE y J. LÜDEMANN (eds), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie* (2009), pp. 65, 75 y nota. 52; SCHULZE-FIELITZ, “Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung”, en H. SCHULZE-FIELITZ (ed.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft* (2007), pp. 11, 26.

es de alguna manera peculiar una ciencia aplicada en lugar de una ciencia fundacional (*vid.*, sobre esto la sección VII, *infra*).

Por el contrario, en EEUU, la doctrina jurídica parece haberse separado de la práctica jurídica, y particularmente, de la práctica judicial. Los textos académicos parecen ser muy teóricos en el sentido del “Derecho y...”, que parecen irrelevantes y poco interesantes para la práctica jurídica y, en consecuencia, no son citados por los tribunales. Un observador ha caracterizado la situación como alejamiento, indiferencia mutua, poca conexión y una “brecha entre la academia y la profesión”.⁵⁹ John B. Bellinger III, consultor jurídico del Departamento de Estado de EEUU desde 2005 hasta 2009, alentó a las revistas jurídicas norteamericanas dirigidas por estudiantes “a tratar de apartarse de lo teórico, que generalmente no es útil para los abogados practicantes del gobierno[...] encontré que el 90% de los artículos de estas revistas no son realmente útiles porque son muy académicos”.⁶⁰

Alego que mientras que la situación de alienación existente en EEUU es infértil, el fetichismo de la Europa continental con la práctica también lo es. En las secciones siguientes, abogo por una vía media en tres niveles: Primero, la investigación jurídica aplicada debe ser complementada por investigación fundacional. Segundo, el análisis doctrinal se debe complementar con investigación empí-

⁵⁹ TWINING, FARNSWORTH, VOGENAUER y TESÓN, “The Role of Academics in the Legal System”, en P. CANE Y M. TUSHNET (eds), *The Oxford Handbook of Legal Studies* (2003), pp. 920, 929-933.

⁶⁰ Bellinger y sus colegas están interesados en artículos que brinden un panorama, es decir, sobre negociaciones de tratados, especialmente de los antiguos, y con información sobre Estados extranjeros. Por lo menos “ocasionalmente encontraríamos personas que realmente pensaban una cuestión y que nos proporcionarían algo que no hubiéramos pensado antes. Así, creo que el trabajo realizado por las revistas de derecho internacional es muy útil siempre y cuando no se vuelva muy académico”: Bellinger III, ‘Interview’, 52 *Harvard Int’l LJ - online* (2010) 32, p. 33. [La traducción es nuestra].

rica, ética y teórica. Tercero, el análisis positivo debe ser complementado por el análisis normativo.

VII. LA DOCTRINA JURÍDICA INTERNACIONAL APLICADA Y FUNDACIONAL

Con el riesgo de establecer lo obvio, debe señalarse que la doctrina jurídica internacional fundacional es indispensable. Esa búsqueda se ocupa de la dicotomía ideal-típica entre ciencia aplicada y ciencia fundacional. La doctrina jurídica internacional aplicada genera conocimiento a un nivel bajo de abstracción, mismo que puede ser directamente utilizado para resolver problemas jurídicos concretos. Los estudios orientados a la aplicación brindan asesoría a instituciones y titulares de oficinas, y les ofrecen ayuda concreta en la toma de decisiones o en la preparación de acuerdos internacionales. La línea entre este tipo de investigación y la práctica jurídica internacional es borrosa. La doctrina “fundacional”, en contraste, proporciona conocimiento sobre estructuras, desarrollos o patrones básicos del derecho internacional. Un ejemplo son los diseños doctrinarios del constitucionalismo global y del derecho administrativo global.

Únicamente este tipo de investigación puede soportar la dinámica extrema del desarrollo jurídico internacional, particularmente en algunos campos como el derecho penal internacional o el derecho de la inversión extranjera. Los académicos jurídicos internacionales deben reaccionar trabajando en un nivel suficiente de abstracción y de generalidad. Solamente entonces, su trabajo será independiente de los últimos cambios técnicos y podrá referirse a un objeto de estudio duradero.

Únicamente de este modo los académicos pueden escapar del destino expresado por el Procurador prusiano Julius Hermann von Kirchmann en su famosa clase de 1847 en Berlín sobre la Inutilidad de la Jurisprudencia como Ciencia. Kirchmann había identificado la transitoriedad de la materia del derecho como “el malestar fun-

damental del que la ciencia sufría”. “Al hacer de lo accidental su objeto, se vuelve fortuito en sí mismo, tres palabras correctivas del legislador, y bibliotecas jurídicas enteras se vuelven papel para triturar.”⁶¹ La manera de no producir papel para triturar es emplear cuestiones jurídicas fundacionales.

VIII. LA DOCTRINA JURÍDICA INTERNACIONAL MULTIDIMENSIONAL

La actividad de los académicos jurídicos internacionales será exitosa, es decir, generará conocimiento que puede ser transmitido de una manera intersubjetiva, cuando sea conducido en múltiples dimensiones.⁶²

1. DOCTRINAL

En primer lugar, alguna parte de la actividad debe ser doctrinal. La academia doctrinal esboza la estructura del derecho internacional público. Primero, lleva a cabo una visión del derecho tal como está al organizar conceptos jurídicos, principios básicos y reglas para la toma de decisiones. Segundo, ordena y estructura el derecho. A esta dimensión de la investigación se le denomina doctrinal porque está atada a normas jurídicas, principios y decisiones que se consideran como doctrinas o incluso dogmas. El método de la investigación doctrinal es sobre todo el análisis semántico lógico. Un académico puede, por ejemplo, examinar el término competencia en el artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual reviste una importancia fundamental para la aplicación del convenio en situaciones complejas como las operaciones de paz en el exterior. El análisis doctrinal busca impactar directamente en las decisiones de las

⁶¹ J.H. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (ed. H.H. Meyer-Tscheppe, 1988), pp. 15, 29. [La traducción es nuestra].

⁶² *Vid.*, en detalle PETERS, “Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft: Wider den epistemischen Nationalismus”, en 67 *ZaöRV* (2007), p. 721.

cortes y en el proceso de elaboración de tratados. Tan está orientado por la práctica que ha sido llamado una “doctrina de la aplicación del derecho”⁶³ y una “doctrina para preparar decisiones”.⁶⁴

Sin embargo, debido a ciertas características del derecho internacional, el análisis doctrinal en este aspecto tiene un valor limitado. Primero, la materia del derecho internacional es menos densa que aquélla existente en el principal campo de la aplicación doctrinal: contratos, responsabilidad civil y derecho de bienes. Existen, en total, menos reglas y decisiones judiciales. De manera tal, que un análisis semántico lógico de esta “ligera” materia es menos productivo.

En segundo lugar, una cantidad considerable del derecho internacional continúa sin codificación. El contenido exacto del derecho internacional consuetudinario debe primero ser investigado con métodos diferentes a los lógico-semánticos. Ésta es una tarea diferente de la investigación del significado o del sentido de una norma escrita (interpretación de los tratados). Fernand Tesón hace referencia a esta característica:

[...] no es posible identificar normas jurídicas internacionales mediante métodos doctrinales convencionales. Si la doctrina jurídica internacional pretende proponer valores humanos y no únicamente servir al poder, debe complementar la doctrina jurídica con una teoría de las relaciones internacionales y de la filosofía política. De otra manera, continuará siendo un ejercicio fútil.⁶⁵

En tercer lugar, el derecho internacional es el resultado del compromiso político en un grado más elevado que el derecho nacional, y por esa razón es menos sistemático y menos claro que otras materias jurídicas. Estas tres peculiaridades del derecho internacional

⁶³ “Rechtsanwendungswissenschaft”: VAN AAKEN, “Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft”, en M. JES-
TAEDT y O. LEPSIUS (eds.), *Rechtswissenschaftstheorie* (2008), p. 79.

⁶⁴ “Entscheidungsvorbereitungswissenschaft”: VON ARNAULD, *supra* nota 58, p. 87.

⁶⁵ TESÓN en TWINING *et al.*, *supra* nota 59, cita en p. 947.

requieren dimensiones adicionales de investigación, aparte del análisis doctrinal del derecho.

2. EMPÍRICA

Una de las otras dimensiones se refiere a la investigación empírica. Aquí, la doctrina jurídica internacional pretende “estudiar las condiciones bajo las cuales el derecho internacional se forma y tiene efectos”.⁶⁶

El mismo Cassese utilizaba un método empírico, es decir, entrevistas con abogados eminentes, para descubrir algo “sobre el papel actual del derecho internacional en la comunidad mundial”, así como descubrir cómo dichos abogados eminentes “habían resuelto este problema [del positivismo jurídico], y en particular hasta qué grado segregaron al derecho de otras ciencias sociales”.⁶⁷

La doctrina jurídica internacional empírica puede ser conducida tanto a macro o micro nivel. En cuanto al micro nivel, el investigador indaga sobre los orígenes de una norma particular. En el macro nivel, estudia trayectorias más significativas, por ejemplo, la evolución de regímenes jurídicos enteros, como el derecho del mar o el régimen del cambio climático. En cualquier caso, se preocupa de la investigación de factores concretos detrás del desarrollo de normas y la identificación de las condiciones bajo las cuales dichas normas funcionan.

La doctrina empírica también puede ser histórica. Por ejemplo, se puede investigar la evolución histórica del artículo 42 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de la Comisión de Derecho Internacional para probar una hipótesis sobre el desarrollo del concepto de obligaciones *erga omnes* (investigación

⁶⁶ SHAFFER Y GINSBURG, “The Empirical Turn in International Legal Scholarship”, en *106 AJIL* (2012) 1, p. 1. [La traducción es nuestra].

⁶⁷ CASSESE, *supra* nota 4, prólogo, p.viii.

fundacional) o para aplicar esa disposición a un caso concreto de responsabilidad (investigación aplicada).

La investigación empírica se preocupa particularmente de los efectos del derecho internacional. En esta dimensión de la investigación, las normas son vistas como un modo de gobernanza y se investiga su cumplimiento. Este tipo de investigación explora el impacto del derecho internacional en las relaciones internacionales. Pretende establecer, cuándo, dónde y a qué grado estas normas dirigen el comportamiento de los actores relevantes, y se pregunta por qué y bajo qué circunstancias el derecho internacional se cumple o se quebranta. Dadas las dificultades de hacer cumplir el derecho internacional, esta dimensión es de particular importancia. Sin embargo, no funciona sin que se mire hacia las afueras de la disciplina. Puede beneficiarse de las teorías de nueva gobernanza en el derecho administrativo y la teoría administrativa. Más que cualquier otra cosa, debería aprovechar los resultados de la investigación paralela en las relaciones internacionales.

La investigación sobre el cumplimiento es investigación empírica, pero también está basada en la teoría debido a que funciona sobre modelos. Gregory Shaffer y Tom Ginsburg lo han llamado “el análisis emergente”, es decir “análisis que oscila entre resultados empíricos, pruebas realizadas en el “mundo real”, y así subsecuentemente”.⁶⁸ Por ejemplo, Jack Goldsmith y Eric Posner utilizan un modelo de selección racional para estudiar el derecho internacional público,⁶⁹ con normas jurídicas apoyadas en sanciones de manera similar a precios por cierto comportamiento. Para estos autores, la escasez de sanciones “duras” por violaciones al derecho internacional es el factor decisivo de las deficiencias en la operación del derecho internacional público. Hay, sin embargo, también mucho

⁶⁸ SHAFFER Y GINSBURG, *supra* nota 66, p. 1.

⁶⁹ J. L. GOLDSMITH y E. A. POSNER, *The Limits of International Law* (2005).

que puede ser ganado al trabajar con otros modelos en dicha investigación jurídica del “mundo real”.⁷⁰

3. TEÓRICA

Una tercera dimensión de la investigación es teórica. Lo que se quiere decir aquí son “teorías sobre el derecho” como lo estableció la Escuela de *New Haven*.⁷¹ Esto va más allá de métodos o las llamadas teorías usadas por quienes aplican el derecho para interpretar una norma jurídica en un caso específico, mas no para reducir su complejidad. El teórico del derecho se ocupa de cuestiones como ¿qué es el derecho internacional público? y ¿cómo funciona la argumentación del derecho internacional público? Las investigaciones de género sobre la estructura del derecho internacional y su sesgo en materia de género también recaen en esta dimensión.⁷² Buenas preguntas de investigación pueden hacerse en la dimensión teórica. Por ejemplo, las teorías sobre la creación de las normas consuetudinarias no han sido realmente satisfactorias hasta el momento. Ninguna de ellas ha sido capaz de explicar de una manera creíble la transición entre la violación de la norma antigua y el establecimiento de la nueva norma consuetudinaria.⁷³ O, para dar otro ejemplo, dentro del escenario de la negación del derecho internacional⁷⁴

⁷⁰ H. ALBERT, *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft: das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz* (1993), p. 7 y *passim*.

⁷¹ M. S. McDUGAL, H. LASSWELL, y M. REISMAN, “Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence”, en *8 Virginia J Int'l L* (1968) 188, p. 200 (Faculty Scholarship Series, Paper 2577).

⁷² H. CHARLESWORTH y C. CHINKIN, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis* (2000).

⁷³ *Vid.*, sobre la imposibilidad de distinguir el error jurídico (respecto de una norma consuetudinaria válida) de la nueva *opinio juris* Kelsen, “Théorie du droit international coutumier”, en *253 Revue internationale de la théorie du droit* (1939), p. 263.

⁷⁴ BOLTON, “Is There Really ‘Law’ in International Affairs?”, en *10 Transnat'l L and Contemporary Problems* (2000), p. 1.

parece particularmente importante llevar a cabo nuevas investigaciones sobre el carácter jurídico del mismo a pesar de su débil ejecutabilidad y legitimidad democrática.

En la dimensión de la investigación teórica están emergiendo una pluralidad de teorías. Hasta hace poco, el post-modernismo, en la expresión de los estudios jurídicos críticos (*critical legal studies*), ocupaba el espacio de la teoría. Presumiblemente, sin embargo, los estudios críticos se desplazarán a un segundo plano debido a que (por definición) no pueden ofrecer soluciones constructivas a los problemas. Otros enfoques podrán jugar un papel más importante, dependiendo del área del derecho internacional público, por ejemplo, los enfoques feministas en el derecho penal internacional y en materia de derechos humanos, o las teorías de la selección racional en el derecho de los tratados.

4. ÉTICA

Antonio Cassese era partidario de un enfoque ético del derecho internacional: “desde mi punto de vista, para que alguien sea un intelectual y no un abogado, debe otorgarle gran importancia a los valores éticos y debe tratar, de alguna manera, de utilizarlos”.⁷⁵ En esa dimensión ética de la investigación, los académicos jurídicos internacionales deben investigar el contenido ético del derecho internacional (muchas veces arraigados en cosmovisiones específicas) y criticar éste en relación con estándares de justicia no-positivistas.⁷⁶

Esta tarea de investigación les corresponde a los académicos jurídicos internacionales porque el derecho internacional público —como todo el derecho— alega ser justo. La evaluación del derecho positivo mediante la utilización de estándares no-positivistas de la justicia o mediante la equidad es incluso más adecuado en la

⁷⁵ CASSESE, *supra* nota 4, p. 142.

⁷⁶ *Vid., v. g., J. RAWLS, The Law of Peoples* (1999), quien considera “cómo el ‘law of nations’ puede ser desarrollado a partir de una idea liberal de la justicia” (p. 1).

doctrina jurídica internacional que en el estudio del derecho nacional de los Estados democráticos. Ello se debe a que en el orden democrático, el derecho está justificado por su origen democrático y por los límites constitucionales del Estado. Las consideraciones de una legitimidad externa son problemáticas en relación con leyes que han sido adoptadas como resultado de un proceso democrático. Por el contrario, el derecho internacional público carece de un fundamento democrático directo. Las bases codificadas del derecho internacional público similares a aquéllas encontradas en las constituciones, que proporcionarían criterios para la evaluación de la legitimidad del derecho, son rudimentarias. Por esta razón, el estudio del derecho internacional público puede y debe incluir consideraciones éticas en mayor grado que la investigación del derecho nacional.

El derecho natural re-emergió brevemente después de la Segunda Guerra Mundial y en el derecho internacional público se asocia principalmente con Hersch Lauterpacht. Tras este breve renacimiento, la ética constructiva prácticamente se despejó de la materia. La intervención en Kosovo de 1999 representó un punto de partida. Inició un “regreso a la ética”, como lo llamó Martti Koskenniemi,⁷⁷ no únicamente en el discurso político y jurídico, sino también en el académico. Este “regreso a la ética” está documentado, para dar dos ejemplos, en la controversia sobre la responsabilidad de proteger y en el debate sobre la constitucionalización del derecho internacional.

En éstas y otras esferas de análisis, la dimensión ética complementa, de manera razonable, a otras áreas de investigación. Por ejemplo, la situación política actual sugiere una re-evaluación del principio de igualdad soberana y de la tensión entre la igualdad *de jure* de los Estados y la desigualdad *de facto*. Les corresponde a los académicos jurídicos internacionales no únicamente evaluar si está

⁷⁷ KOSKENNIEMI, “‘The Lady Doth Protest Too Much’, Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law”, en *65 MLR* (2002), p. 159.

emergiendo un principio general de desigualdad entre los Estados, pero también esbozar el impacto estructural de dicho cambio, así como sus implicaciones éticas. Otro proyecto de investigación dentro de la dimensión ética sería explicar la reformulación de la soberanía estatal como la responsabilidad frente a los seres humanos, misma que ya ha sido aceptada en la práctica estatal. Por supuesto que la visión del investigador influirá en su análisis de la pregunta si el propósito último de la soberanía estatal es la dignidad humana y los derechos individuales, pero mientras se argumente *ex suppositione*, el método continúa siendo académico.

Finalmente, la base moral de los derechos humanos es un aspecto apropiado para la doctrina jurídica internacional debido a que determina su interpretación, y por lo tanto, la aplicación y posibles limitaciones a dichos derechos. Por ejemplo, con la ayuda de investigadores éticos y empíricos sociales, los académicos jurídicos internacionales pueden identificar el consenso existente sobre los valores en relación con capacidades y necesidades humanas básicas.⁷⁸

Éstos y otros problemas no pueden ser investigados adecuadamente si la dimensión ética se queda fuera. No se requiere únicamente la reintroducción de la dimensión ética de la investigación, sino también su reflejo en un meta-nivel, *vis-à-vis* el complejo triángulo de la pretensión de universalidad del derecho internacional público, la diversidad existente de las vidas y el ideal del pluralismo global.

IX. EL ANÁLISIS POSITIVO Y NORMATIVO

Antonio Cassese deploraba la tendencia de la doctrina internacional europea de abstenerse de realizar una crítica a la práctica jurídica. Pensaba que los académicos estadounidenses, por ejem-

⁷⁸ Cfr. A.K. SEN, *Commodities and Capabilities* (1985); SEN, "Capability and Well-being", en M.C. NUSSBAUM y A.K. SEN (ed), *The Quality of Life* (1993), pp. 30-66; M.C. NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach* (2000), pp. 4-15.

plo, atacaban más seguido la postura del departamento de Estado. “Pero en nuestros países, tendemos a quedarnos callados. Es una característica desafortunada”.⁷⁹

Lo que Cassese propone es un análisis normativo del derecho internacional por parte de los académicos. En el supuesto ideal, el análisis normativo puede distinguirse de un análisis positivo, en el que el derecho es descrito, explicado y pronosticado. En realidad, existe una zona intermedia borrosa. Primero, porque la descripción ya es en sí misma una representación constructiva y sistémica, basada en numerosas distinciones y elecciones. El observador debe elegir los actores, los actos, los periodos de examinación, y debe interpretar textos. Durante todo esto, las preconcepciones (normativas) del observador, pre-estructuran su descripción positiva. Esta zona borrosa ha sido descrita adecuadamente por un académico jurídico-económico que insiste, en principio, en el análisis positivo del derecho: “la responsabilidad de los académicos es *iluminar, y no promover sus propios ideales*. Por otro lado, la buena doctrina resulta prometedora para la abogacía, pues puede clarificar relaciones causales que de lo contrario permanecerían oscuras. *La iluminación no es neutral*.”⁸⁰

El análisis del tipo ideal positivo puro (es decir, la identificación y descripción del derecho tal como es y de cómo se llevan a cabo su aplicación e interpretación) ha sido denominado negativamente como “un tipo de dogmatismo positivista”, y como un “análisis seco y libre de valores de las normas internacionales”.⁸¹ Desde esta perspectiva –misma que yo comparto–, la tarea de la doctrina internacional implica también un análisis normativo.

El análisis normativo significa la justificación o crítica de normas existentes y la realización de propuestas de reforma. Significa

⁷⁹ CASSESE, *supra* nota 4, p. 25.

⁸⁰ J. P. TRACHTMAN, *The Economic Structure of International Law* (2008), p. 4 (énfasis añadido). [La traducción es nuestra].

⁸¹ TESÓN en TWINING *et al.*, *supra* nota 59, p. 942.

también la evaluación de la aplicación del derecho y la crítica de dicha práctica. Debido a la libertad inherente de cualquier interpretación y aplicación de una norma a los hechos, cualquier evaluación de la práctica jurídica es, en el sentido de una teoría científica, un análisis “normativo” y no meramente “positivo”. Dicho análisis normativo, por ejemplo, era llevado a cabo por académicos e instituciones académicas que analizaban la aplicación de las reglas sobre el uso de la fuerza y el Consejo de Seguridad por los gobiernos británico y estadounidense en 2003, quienes subrayaban que éstas habían sido malinterpretadas y distorsionadas por los actores políticos y no podían servir como una base jurídica adecuada para la invasión de Iraq en 2003. Dicho análisis normativo es rechazado por los positivistas jurídicos tradicionales, quienes alegan que la doctrina jurídica internacional debe únicamente ocupar un “papel [solo] como supernumerario y cronista”.⁸² También es rechazada por neo-Kelsenianos contemporáneos,⁸³ y por la escuela jurídica-económica extremista. Por ejemplo, Goldsmith y Posner consideran inaceptable que “teorizar en ocasiones alimenta, y es sobrepasado, por la especulación normativa de mejorar el derecho internacional”.⁸⁴

En contraste con esa postura, los siguientes párrafos buscan demostrar que las características específicas del derecho internacional, particularmente su apertura y su dinámica, requieren un análisis normativo del derecho y de sus aplicaciones.

⁸² HILLGRUBER, *supra* nota 31, especialmente p. 121.

⁸³ Críticamente, sobre el poder legislativo equiparado de los académicos desde la perspectiva de una teoría pura del derecho, *Vid.*, KAMMERHOFER, “Law-Making by Scholarship? The Dark Side of 21st Century International Law ‘Methodology’”, en J. CRAWFORD Y S. NOUWEN (eds), *Proceedings of the European Society of International Law* 3 (2012), pp. 115-126.

⁸⁴ GOLDSMITH Y POSNER, *supra* nota 69, p. 15. [La traducción es nuestra].

1. LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS NORMATIVO

El derecho internacional está caracterizado por una indeterminación y vaguedad típica de las disposiciones de los tratados y por una gran cantidad de normas no escritas. Por lo tanto, más dudas se originan sobre la existencia de la *lex lata* que en el derecho nacional, el cual está codificado de manera relativamente completa y precisa en códigos, leyes y decretos. Además, el derecho internacional ha evolucionado gradualmente, en ocasiones de textos del *soft law*. El punto exacto del cambio entre una práctica pre-jurídica y una regla sólida de costumbre internacional difícilmente puede señalarse. Por estas razones, ni los cánones de la construcción de la interpretación de los tratados ni la investigación empírica sobre la formación del derecho consuetudinario proporcionarán en sí mismos resultados claros. Los resultados deben complementarse con consideraciones normativas. Por ejemplo, tiene sentido calificar una práctica y la *opinio juris* que la acompaña como suficientemente general y duradera cuando la norma jurídica identificada es conforme con el sistema jurídico internacional y está en armonía con otros principios jurídicos internacionales. Como lo estableció Antonio Cassese, “el positivista crítico debe sentirse libre[...] para evaluar críticamente la regla o la institución[...] a la luz de[...] los valores generales existentes en la comunidad internacional”.⁸⁵

Una segunda razón de lo atractivo del análisis normativo es la experiencia histórica de la indefensión de la doctrina “pura” del derecho internacional en relación con su modificación ideológica. Puede considerarse que el positivismo “puro” “involucra una prohi-

⁸⁵ Vid., en este sentido CASSESE, *supra* nota 4, p. 259. Cfr. Sobre una crítica de la negligencia de tomar en cuenta principios generales H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community* (1933), p. 438: “el deseo de generaciones de abogados internacionales de restringir su actividad a un registro de la práctica de Estados ha desalentado cualquier intento de relacionar ésta con un principio jurídico superior o con la concepción del derecho internacional en su conjunto”. [La traducción es nuestra].

bición o un impedimento de forma lógica y moral para los abogados en la lucha contra regímenes autoritarios”.⁸⁶ Notablemente, durante el Tercer *Reich* muchos académicos jurídicos internacionales de origen alemán no expresaron crítica alguna. En vez de señalar las violaciones al derecho internacional, se sumaron a una doctrina socialista nacional del derecho internacional mediante la cual las normas se modificaban y se adaptaban a la ideología.⁸⁷

También en nuestro tiempo, el análisis puramente positivo ha engendrado una falsa seguridad. Debido a la apertura de las normas internacionales, muchas veces no es realmente claro cuál es su contenido. En esta situación, los Estados tenderán a alegar las reglas que les favorecen (y por lo tanto, a fijar su propia versión del derecho internacional) o harán lo que les plazca.⁸⁸ Esta falsa seguridad llevará a un asesoramiento jurídico sin contenido y a recomendaciones inútiles sobre el cumplimiento de esas normas. Exactamente esto alimenta otro incumplimiento futuro del derecho internacional.

2. EL ANÁLISIS NORMATIVO CONDUCTO PROPIAMENTE

El análisis normativo que necesitamos no debe tomar la forma de intentos académicos de legislar. La autoridad (carente) de los académicos de hacer derecho fue explicada anteriormente en la sección IV. Un intento inconsciente de ganar autoridad se presenta cuando los académicos venden normas emergentes como derecho existente. Este fenómeno es común en la doctrina jurídica internacional, en gran medida porque la frontera entre derecho y lo que todavía no es derecho, debido a las características específicas del proceso jurídico internacional, no es clara. La denominación prematura de normas emergentes como derecho vigente es defectuosa en términos me-

⁸⁶ CASSESE, *supra* nota 4, prólogo, p.viii.

⁸⁷ *Vid.*, VAGTS, “International Law in the Third Reich”, en *84 AJIL* (1990) 661 y referencias.

⁸⁸ TESÓN en TWINING *et al.*, *supra* nota 59, pp. 942 y 945.

todológicos porque mezcla (más allá de lo inevitable⁸⁹) un análisis positivo con uno normativo, y porque deriva el “deber” del “ser”. Adicionalmente, se corre el riesgo de socavar el poder normativo del derecho internacional en su conjunto. Cuando el académico jurídico afirma erróneamente la existencia de una norma jurídica, usurpa la posición del legislador sin justificación normativa. Está autorizado únicamente a proponer la reforma del derecho, y eso debe hacerlo por las razones anteriormente expuestas.

Mientras los académicos jurídicos señalen cuando hacen una evaluación (apoyados en principios del orden jurídico internacional), y señalen lo que, de acuerdo con su análisis, es *lex lata*, y lo que solicitan *de lege ferenda*, un análisis normativo se adecua completamente a los estándares académicos. En entrevista con Antonio Cassese, Louis Henkin describió la caminata en cuerda floja entre la reconstrucción metodológicamente correcta pero creativa del derecho y la juris-ficción poco académica como sigue:

No confío en aquéllos con buenas intenciones, no confío en aquéllos que dicen “esto es derecho porque debe de serlo”. Pero apoyo a aquéllos, y soy una de aquéllos, que dicen “esto es lo que el derecho debería de ser, y mientras no estoy seguro que no lo es, déjenme averiguar hasta qué punto lo es o puede llegar a serlo”.⁹⁰

En esta manifestación (como una sistematización evaluativa y como clausura evaluativa de los huecos jurídicos) el análisis normativo no es únicamente un firme elemento de la doctrina jurídica internacional, en el sentido de que es “bueno tenerlo”, sino que es una parte indispensable de ella. Por último, el análisis normativo es necesario, además del análisis positivo, precisamente por la gradualidad inherente del procedimiento jurídico internacional y debido a la indeterminación del derecho de los tratados, para prevenir violaciones al derecho internacional.

⁸⁹ Vid. mi comentario *supra* en referencia a la nota 80.

⁹⁰ CASSESE, *supra* nota 4, p. 197. [La traducción es nuestra].

Sir Robert Jennings, en su entrevista con Cassese, expresó lo siguiente:

[L]a reforma del derecho es una materia muy, muy importante desde el punto de vista intelectual, y no nada más para los abogados[...] de alguna manera, estoy contradiciendo lo que dije al principio[...] que debes ser capaz de distinguir entre propuestas y lo que realmente es derecho y así subsecuentemente, casi como aténganse al derecho porque ése es su trabajo. Bueno, la vida está llena de contradicciones y ambivalencias[...] las ambivalencias llevan a la verdad. Con dos ideas contradictorias, puedes encontrar que ninguna representa la verdad, pero que algo que involucra a ambas y que es parte de ambas es en algún modo una aproximación mayor a la verdad.⁹¹

En resumen, la ambivalencia entre el análisis normativo y el análisis positivo es lo que caracteriza la doctrina jurídica internacional. Contiene una tensión productiva.

X. CONCLUSIÓN

Aunque apenas conocí personalmente a Antonio Cassese, se ha convertido en uno de mis héroes, precisamente porque sus textos académicos nunca me parecieron un *Glasperlenspiel*. Todo lo que leí de él (solo una fracción de su amplísima obra) me pareció inspirado por un gran humanismo. Claramente, estaba inclinado hacia una agenda política, pero el rigor del argumento generalmente no se veía afectado por ello. Para mí, el enfoque de Cassese es la mejor demostración de que cualquier separación estricta entre derecho y política no es ni factible ni deseable. Los textos jurídicos de Cassese son profundamente políticos, pero no significa que por esto sean poco académicos. Admiro a Cassese no porque apruebe su agenda política (aunque ése sea el caso), pero porque me enseñó cómo entretenerla con el razonamiento jurídico.

⁹¹ JENNINGS, en *ibid.*, p. 143. [La traducción es nuestra].

La conclusión de Antonio Cassese en *Five Masters* es:

[S]encillamente, la clave de los principales problemas de la comunidad internacional está en las manos de los políticos, diplomáticos y líderes militares. Sin importar lo anterior, los académicos jurídicos pueden sugerir ideas y proponer soluciones, sin embargo, sin hacerse muchas ilusiones.⁹²

Éste es el curso de una “utopía realista” en contraste con una “utopía ilusoria” y es expresamente el territorio de los académicos jurídicos.

⁹² *Ibid.*, p. 271.

MERCOSURIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS: ¿REASEGURO PARA SU VIGENCIA *VERSUS* REGRESIÓN CON UNASUR?

MARIELA MORALES ANTONIAZZI¹

RESUMEN: Con este trabajo se analiza el papel que ha tenido la democracia en las cuestiones jurídicas y políticas en el sr del continente americano, así como el importante papel que juega en materia de derechos humanos. También se hace una conclusión sobre los avances y retrocesos que ha tenido esta región del continente con los tratados firmados en materia de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: *Mercosur, Protocolo de Montevideo, Unasur, Protocolo de Ushuaia.*

ABSTRACT: This article analyzes the role democracy has in legal and political issues in South America, as well as the function that has in human rights.

It also makes a conclusion about progresses and regressions this region has had with the signature of human rights treaties.

KEY WORDS: *Mercosur, Protocol of Montevideo, Unasur, Protocol of Ushuaia.*

SUMARIO: I. Premisa esencial: la plena vigencia de las instituciones democráticas; II. Los derechos humanos como componente fundamental de la democracia; III. Protocolo de Montevideo (Ushuaia II): ¿avance o retroceso?; IV. Potencial de la cláusula democrática de Unasur: ¿regresión a la mera promoción?; V. Críticas a título de desafíos.

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Goethe de Francfort, Alemania. *Referentín* para Latinoamérica del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg, Alemania.

[...] democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur...para la concepción americana, no hay democracia sin respeto y protección, interna e internacional, de los derechos humanos, y, a su vez, no es posible la existencia y la garantía de estos derechos fuera del sistema democrático, concebido de una manera integral, que incluye el concepto de Estado social de derecho.

HÉCTOR GROS ESPIELL (2000).²

La diáda democracia-integración encuentra en el bloque mercosureño su mejor exponente en la región suramericana, ya que la emergencia de este proceso integracionista está intrínsecamente unida al retorno a la democracia de Argentina y Brasil a mediados de los años ochenta. Una reconstrucción retrospectiva revela tres momentos fundamentales como fueron el contexto detonante de la integración (etapa pre-constitutiva), la fase de reacción del Mercosur ante las amenazas de retorno al autoritarismo (etapa constitutivo-normativa) y la coyuntura actual luego de alcanzar más de dos décadas de vigencia del bloque (etapa re-constitutiva). Argumento en este trabajo que la evolución del vínculo entre democracia, garantía de los derechos humanos e integración se caracteriza por una configuración gradual y progresiva del orden normativo, contentivo de estándares comunes. Desde el Mercosur se ha venido reforzando un *instrumentarium*, primordialmente de tipo *soft law*, que va impactando las políticas públicas de derechos humanos en el marco de la sociedad democrática, propiciando lo que denomino una especie de mercosurización soterrada de los órdenes nacionales que salvaguarda su núcleo intangible con base en la dignidad humana, que es el paradigma y referencial ético, el principio orientador del constitucionalismo estatal, regional y global.³

² GROS ESPIELL, H., “La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur”, en *Paraná Eleitoral*, JUL/2000, N° 37. Disponible en: <http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=19>.

³ Cfr. PIOVESAN, F., “Direito Constitucional, direitos humanos e o direito constitucional internacional”, en *Caderno de direito constitucional V*, Porto Alegre, 2006, p. 7 y 8. En palabras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, a nivel del sistema

La mercosurización tiene su origen en una multiplicidad de fuentes, se forja a la luz del policentrismo jurídico y adopta un patrón heterárquico y no jerárquico, como ya se ha constatado a nivel del sistema interamericano de derechos humanos.⁴ Su construcción, al igual que el propio bloque de integración,⁵ muestra marchas y contramarchas. Actualmente el bloque del Cono Sur enfrenta la paradoja de favorecer el diálogo y la recepción en el orden interno de los estándares de los otros sistemas normativos de derechos humanos, por un lado, y una corriente soberanista, resistentes a tal recepción, por otro lado, fenómeno que afecta igualmente al sistema interamericano.⁶ Por ello la necesidad de aproximarse al alcance de la mercosurización para hacer frente a las amenazas de vulneración del acervo normativo y jurisprudencial construido durante más de dos décadas.

En efecto, la etapa pre-constitutiva concierne a la situación previa a la democratización y cómo se relaciona con el camino a la integración. La irrupción masiva de las Fuerzas Armadas en la escena política y, con ello, la multiplicación sin precedente de regímenes

interamericano, se está “forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región”. Cfr. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*, párr. 100.

⁴ Respecto al sistema interamericano, Cfr. GONGORA MERA, M. E., *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José de Costa Rica, 2011.

⁵ Se ha sostenido que el Mercosur poscrisis es un Mercosur por defecto y no por proyecto. En todo caso, sólo se notaría un proyecto de Brasil. Cfr. MOREIRA, C., “Mercosur, democracia y desarrollo: una mirada desde la política regional reciente”, en DE SIERRA/BERNALES ALVARADO (Comps.), *Democracia, gobernanza y desarrollo en el Mercosur. Hacia un proyecto propio en el Siglo XXI*, Uruguay, 2004, p. 89 y ss.

⁶ SERNA, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, pp. 243 y ss.

militares, incluso en países con tradiciones cívicas como Uruguay,⁷ habían repercutido negativamente y ensombrecido los ideales de integración de las décadas de los sesenta y setenta. Dichos regímenes militares, salvo algunos matices nacionales, impulsaron dos claras tendencias: por una parte, el modelo económico neoliberal,⁸ y, por la otra, la militarización de la política exterior, con una visión de la defensa de la soberanía a ultranza, apoyada en la alianza incondicional con la doctrina de contención al comunismo impulsada por Estados Unidos.⁹

El panorama era complejo. Los gigantes regionales como Argentina y Brasil, que se habían mantenido a la zaga de la construcción democrática, apostaron por la transición iniciando acuerdos bilaterales, a los que se van a sumar Uruguay y Paraguay. Este último no sólo tuvo la dictadura militar más prolongada, sino que su transición democrática se calificó más como una “mutación de las formas políticas, pero sin mutación de los actores políticos ni de las condiciones económicas, sociales y culturales del país”.¹⁰ Cuando la democracia se convierte en el *desideratum*, se articulan nuevamente esfuerzos de integración bajo la lógica de derribar las fronteras y crear un espacio común. Se pretendía la apertura de los límites territoriales así como el estrechamiento de los vínculos multilaterales, viabilizando acuerdos a nivel latinoamericano, como el Consenso de Cartagena (1984), la Declaración y el Plan de Acción de Quito (en 1985), el Grupo de los Ocho (1986), el Compromiso de Acapulco para la Paz,

⁷ MURGA FRASSINETTI, A./HERNÁNDEZ PALACIOS, L., “Contrarrevolución, lucha de clases y democracia en América Latina”, en *Cuadernos Políticos*, Vol. 25, México, D.F., julio-septiembre 1980, pp. 85-100.

⁸ RIIS HALVORSEN, K., “La política económica del régimen militar en Brasil”, en *Revistas Javerianas, Pap. Polít. Estud*, Vol. 2, n. 1, Bogotá, enero-junio 2006, p. 150.

⁹ MARTÍN DE LA GUARDIA, R. M./PÉREZ SÁNCHEZ, G. A., *El mundo después de la Segunda Guerra Mundial*, Madrid, 1999, pp. 7 y 8.

¹⁰ RODRÍGUEZ, J. C., “Paraguay. Transición sin alternancia”, en *Nueva Sociedad*, Vol. 157, septiembre-octubre 1998, pp. 29-33.

el Desarrollo y la Democracia (1987) o las Reuniones de Punta del Este (1988).¹¹

La narrativa dominante identifica el restablecimiento democrático como la causa motor de la integración, reconociendo como antecedente relevante el acercamiento político y la cooperación económica iniciada hacia el final de los regímenes militares argentino y brasileño, en su doble vertiente: internamente, la consolidación democrática y externamente, la buena vecindad.¹² Los Estados Parte del Mercosur, animados por sobrevivir en un mundo globalizado,¹³ hacen gravitar el bloque en torno a la protección de la democracia, aprovechando los adelantos de los modelos integracionistas andino y europeo.¹⁴ En la fase de efervescencia del retorno a la democracia, ya creado el Mercosur mediante el Tratado de Asunción, se dictan los primeros documentos tipo *soft law* para garantizar la vigencia del principio democrático, como fueron la Declaración de Las Leñas de 1992 y la Declaración sobre Compromiso Democrático de 1996.

En una segunda etapa, que llamaría constitutivo-normativa, se concretiza el cambio de paradigma hacia la regulación de la condicionalidad democrática, en respuesta a las amenazas de resurgimiento del autoritarismo. Esta fase alcanza su cúspide en 1998 con la promulgación del Protocolo de Ushuaia, y de otros instrumentos que asocian la protección de la democracia con la garantía de los derechos humanos, tales como: la Declaración política del Mercosur, Bolivia y Chile como Zona de Paz y la Declaración Presidencial de

¹¹ QUITRAL ROJAS, M., “La integración económica latinoamericana en tiempos de crisis: alcances y limitaciones para su consolidación”, en *Revista Nueva sociedad*, Vol. 222, Buenos Aires, julio-agosto 2009, p. 39.

¹² GARDINI, G. L., “In Defense of Oral History: Evidence from the Mercosur Case”, en *Journal of Politics in Latin America*, Vol. 4, n. 1, 2012, p. 118.

¹³ MALAMUD, A., “Mercosur turns 15: Between rising rhetoric and declining achievement”, en *Cambridge Review of International Affairs*, octubre 2005, p. 425.

¹⁴ Cfr. CASAL, J. M., “Los derechos humanos en los procesos de integración”, en *Estudios Constitucionales*, Año 3, n. 2, Santiago de Chile, 2005, pp. 255 y ss.

Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur. Particular relevancia se asigna a la Declaración Socio Laboral.¹⁵ Dicha Declaración incluye expresamente en sus considerandos el compromiso de los Estados Partes con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que han ratificado. También señala la adhesión a los principios de la democracia política y del Estado de derecho, y del respeto irrestricto a los derechos civiles y políticos de la persona humana como base irrenunciable del proyecto de integración.¹⁶ De igual manera regula los principios de no discriminación e igualdad, así como el catálogo de derechos fundamentales de carácter social de dimensión individual y colectiva. Alejandro Perotti advierte que es uno de los instrumentos más aplicados por los tribunales nacionales,¹⁷ razón por la cual su normatividad ha ido en aumento sucesivo gracias precisamente a su aplicación por la vía jurisprudencial.¹⁸

¹⁵ Como antecedente de la DSLM es importante mencionar el proyecto sobre una Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores del Mercosur propuesta por la Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur en 1993 que debía tener efectos vinculantes, y naturaleza sancionatoria. Cfr. BRUNI, J., “La construcción de la dimensión social del Mercosur”. Disponible en: <http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/pdf/dec_soclabor.pdf>.

¹⁶ GUERRA, S./LOURENÇO DE OLIVEIRA, C./BARBOSA TEIXEIRA DE ANDRADE E SILVA, P. R., “Os desafios à integração regional no âmbito do Mercosul”, en *Revista de direito da unigranrio*, Vol. 2, n. 2, 2009, p. 3.

¹⁷ Cfr. PEROTTI, A., “El fallo ‘Aquino’ de la Corte Suprema: una introducción a la aplicación judicial de la Declaración Sociolaboral del Mercosur”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 3, Santa Fe, Argentina, 2005, pp. 607-633.

¹⁸ A título de ejemplo vale citar una de las sentencias pioneras en Argentina dictada por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, caso “Stringa Domingo Alberto c/Unilever de Argentina”, Sentencia Definitiva N° 53.533, de 23.10.2000, que declaró que la clandestinidad de la relación laboral viola la igualdad de trato que garantiza el Art. 1 de la DSL del Mercosur. En las estadísticas de 2009 el número de decisiones judiciales en las cuales se hace referencia a la DSLM asciende a 230. Cfr. DREYZIN DE KLOR, A./PEROTTI, A. D., *El rol de los Tribunales Nacionales de Los Estados de Mercosur*, Córdoba, 2009, p. 143.

Un renovado impulso en la etapa constitutivo-normativa se produjo con el Protocolo de Asunción, contentivo de la cláusula de derechos humanos, por cuanto significó la protección de la democracia material. Según mi criterio, ambos Protocolos, el de Ushuaia y el de Asunción, en el marco del cambio al Mercosur con mayor acento político,¹⁹ pertenecen a los tratados híbridos en el sentido que implican la integración, por una parte, pero a la vez contienen normas de garantía de derechos humanos y pueden formar parte, en esa medida y según lo que dispone cada ordenamiento constitucional, de los tratados de derechos humanos. Conforme a los respectivos mandatos constitucionales de apertura, estas disposiciones pueden pertenecer a las que adquieren aplicación directa y preeminente. Por ejemplo el Art. 75 Nr. 22 de la Constitución de Argentina de 1994, que enumera una serie de tratados a los que asigna rango constitucional²⁰ y deja abierta la posibilidad de extender este rango a otros instrumentos siguiendo un procedimiento específico.²¹ Paralelamente, dicha Carta Magna, recogiendo la jurisprudencia

¹⁹ HIRST, M., *La dimensión política del MERCOSUR: actores, politización y ideología*, São Paulo, Instituto de Estudios Avanzados da Universidade de São Paulo, mayo-agosto 1996, Vol. 10, n. 27.

²⁰ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

²¹ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) por la Ley N° 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003.

existente,²² incluye una cláusula cualificada de integración prevista en el Art. 75, inc. 24 que se perfila como “única” porque exhibe, entre sus caracteres particulares, que los tratados de integración respeten el orden democrático y los derechos humanos, que se rija por los principios de reciprocidad e igualdad, prevé la delegación de competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales y contempla la jerarquía superior a las leyes de las normas dictadas en la integración.

Bajo esta perspectiva, el acervo comunitario mercosureño para la salvaguarda de la democracia y los derechos humanos, gradualmente, ha adquirido su propio perfil en el plano de la normatividad y de la aplicación jurisdiccional. El “nunca más” y los principios *ius* humanistas, como reflejaron los debates constituyentes, se convirtieron en la palanca movilizadora del cambio de los paradigmas existentes a los paradigmas emergentes: la regulación expresa del Estado abierto por decisión soberana y el pluralismo normativo.²³ El Estado constitucional contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado en el concierto de la comunidad internacional y por lo tanto con las limitaciones inherentes a esa pertenencia²⁴ y las que el Estado, en decisiones soberanas, ha plasmado mediante la transferencia de competencias y soberanía en su propio texto constitucional. El orden mercosureño penetra los órdenes domésticos.

²² La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, desde 1992 en el fallo en los autos “Recurso de hecho, Eckmekjián, M., Sofovich, A., *el al.*”, asigna primacía al tratado ante un eventual conflicto con el orden interno en base al artículo 27 de la Convención de Viena. Este criterio fue reiterado, entre otros, en “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Salto de Grande”, “Servini de Cubría, A c/ Amparo”, “Cafés La Virginia S. A. c/ Apelación”.

²³ Emblemática es la doctrina de la estatalizada abierta de la doctrina alemana en el concepto de Klaus.

²⁴ GARCÍA ROCA, J., “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, n. 5, México, 2006, p. 181.

Sin embargo, en los últimos tiempos se constata una nueva etapa en el bloque del Cono Sur en la que tiene lugar una re-constitución, calificativo que utilizo para aludir al planteamiento de reforma de la cláusula democrática mediante el proyecto de Protocolo de Montevideo, conocido como Ushuaia II. Hay dos rasgos convergentes en esta fase: por una parte, la evolución del proyecto del Mercosur de un modelo liberal de integración basado en el libre comercio hacia un modelo post-liberal, orientado hacia un modelo social de la integración²⁵ y, por otra parte, la proliferación de cláusulas democráticas en el subcontinente, constituyendo uno de los ejes de gravitación determinantes de la integración bajo una nueva concepción.²⁶

En el Mercosur se plantea la reforma del Protocolo de Ushuaia siguiendo el estilo de la cláusula de Unasur. La democracia vuelve a estar en el centro del debate y esta cuestión se enlaza con el llamado giro a la izquierda.²⁷ Algunas voces advierten que la democracia está atravesando por el fenómeno del populismo latinoamericano de la “tercera ola”, definido como un régimen híbrido entre autoritarismo y democracia.²⁸ Una mirada a las últimas transformaciones dibuja dos trayectorias claras en materia de democracia: una vinculada a dejar en el pasado la hegemonía de las dictaduras con

²⁵ En ciencia política se distinguen generalmente tres períodos principales en la historia del Mercosur: el primero desde su creación hasta 1999, con logros en el comercio intra y extra bloque y el funcionamiento de sus instituciones; un segundo período negativo en razón de la crisis económica, particularmente la que afectó a Argentina; y un tercer período, que comenzó a mediados de 2000, cuando el presidente Lula fue elegido en Brasil, Kirchner en Argentina y Tabaré Vázquez en Uruguay. Cfr. COUTINHO, M./KFURI, F./RIBEIRO HOFFMANN, A., “Indicadores e análise multidimensional do processo de integração do Cone Sul”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, Vol. 51, 2008, pp. 98-116.

²⁶ ROJAS ARAVENA, F., “La Celac y la integración latinoamericana y caribeña. Principales claves y desafíos”, en *Nueva Sociedad*, Vol. 240, julio-agosto 2012, p. 24.

²⁷ CASTANEDA, J., “Latin Americas Left Turn”, en *Foreign Affairs*, Vol. 85, n. 3, pp. 28-43.

²⁸ GRATIUS, S., “La ‘tercera ola populista’ de América Latina”, en *Working paper FRIDE*, n. 45, Madrid, 2007, p. 1.

base en la concepción de la democracia representativa y otra, correspondiente con el nuevo milenio, relativa a la emergencia de las democracias participativas como contra polo de las representativas. La evaluación de estas trayectorias podría generar dos percepciones divergentes: una interpretación orientada a percibir que la región ha experimentado una madurez política y el debate no se centra entre democracia versus dictadura, sino la modalidad de democracia más adecuada; otra interpretación detecta en esta discusión un encubrimiento de retroceso al autoritarismo, el regreso a una economía fuertemente estatalizada, aunque con distintos cambios sociales e incorporando una dimensión étnica.²⁹ En este entorno surge la reforma al Protocolo de Ushuaia (Ushuaia II) y se reabre la necesidad de precisar el alcance y dimensionalidad de la protección de la democracia y los derechos humanos en el Mercosur plus conformado por los países fundadores y Venezuela (Mercosur núcleo + 1).

Se trata de un proceso en evolución, no concluido, en el que los interrogantes político-institucionales y jurídicos permanecen abiertos a la discusión académica y pueden producirse diversos escenarios. El presente análisis parte de la fórmula regulada en el Protocolo de Ushuaia acerca de que la democracia constituye un principio rector de la integración como *conditio sine qua non* (I). Si la fuerza jurídica asignada a la cláusula democrática está dada por su exigibilidad como derecho primario, y su dimensionalidad es amplia, inclusiva de los derechos humanos como se desprende del Protocolo de Asunción, es relevante precisar los criterios jurídicos estipulados en este instrumento (II). Luego se revisan tanto la propuesta de reforma del canon de condicionalidad democrática recogida en el Protocolo de Montevideo (III) como el potencial de la cláusula de Unasur (IV), para esbozar finalmente algunas consideraciones críticas a título de

²⁹ DE ABREU, S. A./FLORENCIO SOBRINHO, L., “Democracia representativa versus democracia participativa. ¿Nuevo modelo de expansión? ¿Avance o retroceso en América del Sur?”, en OROPEZA GARCÍA (Coord.), *Latinoamérica frente al espejo de su integración 1810-2010*, México, 2010, p. 180.

desafíos pendientes en la agenda coyuntural del bloque del Cono Sur (V).

I. PREMISA ESENCIAL: LA PLENA VIGENCIA DE LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS

El ordenamiento mercosureño una cláusula con un carácter reforzado desde el punto de la literalidad de la norma: “La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo” (Art. 1). La referencia a condición esencial, si se toma una acepción literal, indicaría el mencionado carácter reforzado ya que condición implica que es la circunstancia indispensable para la existencia del Mercosur y la esencialidad representa la sustancia o lo principal en el proceso. Cabe entonces el interrogante acerca de si esta fórmula se inscribe en el discurso retórico o, por el contrario, posibilita la realización de la democracia en su vínculo intrínseco con la garantía efectiva de los derechos humanos, que incluye la dimensión social.

Parto de la tesis afirmativa de la construcción de un régimen normativo propio. Sostengo que la condicionalidad democrática regulada en el Protocolo de Ushuaia cuenta con parámetros jurídicos para asegurar su exigibilidad. Sin embargo, es fundamental determinar los perfiles de la democracia y cómo ha funcionado en la praxis, de acuerdo a las normas procesales previstas en dicho Protocolo.

A lo largo de una década, desde la entrada en vigor del Protocolo de Ushuaia, y se van insertando nuevas disposiciones para reafirmar que el respeto de los derechos humanos es indispensable para la construcción de sociedades libres y democráticas. En este sentido, la protección y la promoción de los derechos de los ciudadanos de los Estados Partes y de los Estados Asociados son objetivos esenciales del proceso de integración sudamericana y constituyen valores co-

munes a las sociedades de Sudamérica.³⁰ El Protocolo de Asunción y otros instrumentos y declaraciones refuerzan esta tendencia, que avanza con el paso al Mercosur social, inspirado en la lucha contra la pobreza, en el entendido que la consolidación de la democracia en el Mercosur depende de la construcción de una sociedad más equitativa y justa, procurando el crecimiento económico con desarrollo social.³¹

Conforme al Art.1 del Protocolo de Ushuaia la democracia es *conditio sine qua non* del proceso integracionista y dispone expresamente: “la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes”. Seguidamente, el Protocolo regula en el Art. 2 su aplicabilidad en caso de ruptura del orden democrático. Una lectura de ambas disposiciones podría dar lugar a calificarlas como fórmulas vagas e imprecisas, ya que no establecen los parámetros en cuanto a qué debe entenderse por plena vigencia de las instituciones democráticas y a qué significa ruptura del orden democrático. Justamente esta carencia de definición ha conllevado a las ambivalencias para su aplicación en la praxis.

Respecto al interrogante de cómo entender la democracia y qué criterios jurídicos pueden utilizarse para precisar el Art. 1 del Protocolo de Ushuaia, la respuesta está dada en la dimensión del canon ya descrito. En esencia convergen con los elementos y componentes previstos en los Art. 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana. En primer lugar está el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y

³⁰ Considerandos del Borrador de Reglamento de la RADDHH, DT 010-05 CJ ES.

³¹ Declaración de Presidentes del Mercosur, Iniciativa de Asunción Sobre Lucha Contra la Pobreza Extrema, 2005.

la separación e independencia de los poderes públicos. Se perfilan los contornos de la democracia mediante la transparencia, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

En el Mercosur rige la concepción de la democracia dual en cuanto a su nexo indisoluble con el respeto de los derechos humanos, como se dispone en los Protocolos de Ushuaia y de Asunción, de modo que se deben interpretar conjuntamente. Incluso antes de existir el Protocolo de Asunción, Héctor Gros Espiell acuñó la denominación “democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur”, haciendo hincapié en la condición de que los Estados democráticos respeten los derechos humanos,

[...] porque para la concepción americana, no hay democracia sin respeto y protección, interna e internacional, de los derechos humanos, y, a su vez, no es posible la existencia y la garantía de estos derechos fuera del sistema democrático, concebido de una manera integral, que incluye el concepto de Estado social de derecho.³²

Sólo con una intención reiterativa llamo la atención sobre la pertenencia de los países miembros del Mercosur al Sistema Interamericano. Sin perjuicio del respeto de los principios de no intervención y de libre determinación (Art. 2b, 3c y 18 de la Carta de la OEA), el bloque debe estar integrado por Estados que están obligados por el derecho internacional a organizarse políticamente cumpliendo el condicionamiento de tener la forma democrática representativa y a garantizar y proteger los derechos humanos, todo ello de conformidad con Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El mismo régimen aplica, a futuro, a todos los países que aspiren su adhesión al Mercosur.

³² GROS ESPIELL, H., La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur, *Paraná Eleitoral*, N° 37, JUL/2000. Disponible en: <http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=19>.

Mediante las cláusulas democráticas, los Estados adoptan una norma que se desvía del principio de no intervención, en tanto es una norma convencional que lo modifica, y en consecuencia, la organización interna del sistema político no está su *domaine réservé*.³³ Así como el sistema interamericano no se limita a imponer la necesaria organización democrática de los Estados miembros, sino que prevé un régimen procesal para salvaguardar la institucionalidad democrática ante las vulneraciones al principio democrático en imbricación con los derechos humanos, igualmente en el Mercosur los EP han adoptado esta norma modificatoria del principio de no intervención y han determinado que la forma de gobierno democrática es esencial al proceso de integración, indisociable de la garantía de los derechos humanos.

Que la garantía internacional de los derechos humanos entraña una muy seria relativización externa de la soberanía estatal es un entendimiento propio del nuevo derecho público del siglo XXI. Javier García Roca, bajo la concepción de una globalización del lenguaje de los derechos en el ámbito del Convenio Europeo y la Convención Americana, comprensiva de la normatividad pero también por el

[...] crecimiento constante del listado universal de los derechos mediante interacciones recíprocas de las sucesivas declaraciones y del *Case Law* que de ellas emana; la revisión de la idea de soberanía nacional, hoy en transición, por su pugna externa con la idea de integración supranacional, y su permanente tensión interna con el entendimiento de los derechos fundamentales como un límite al poder soberano [...]³⁴

³³ Para el caso de la Unión Europea Cfr. SERINI, K., *Sanktionen der Europäischen Union bei Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip*, Berlin, 2009, p. 37.

³⁴ GARCÍA ROCA, J., “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, n. 5, México, 2006, p. 181.

se erige como una de las semejanzas, a pesar de ser contextos tan distintos.

Conforme a mi argumento acerca de la interacción entre los niveles internacional, interamericano y mercosureño, el contenido de la cláusula está entrelazado con todos los postulados de la Declaración Universal, del *corpus iuris* interamericano, de la Carta Democrática Interamericana y de los demás instrumentos del bloque, en particular las Declaraciones de los Jefes de Estado que diseñan la ruta del Mercosur más político. En ellos se regulan especificidades relativas a la región del Cono Sur, como el derecho a la verdad o los principios que le corresponde desarrollar al Parlasur de conformidad con su Protocolo de creación, entre ellos, el pluralismo y la tolerancia como garantías de la diversidad de expresiones políticas, sociales y culturales de los pueblos de la región.

En síntesis, el amplio contenido de la plena vigencia de las instituciones democráticas abarca los perfiles dados en el ámbito global y regional (interamericano y andino como referentes) y por los distintos instrumentos del bloque con carácter axiológico destinados a proteger la democracia en sentido material y no meramente procedimental. Esta penetración sincronizada con el proceso de universalización de los derechos humanos y su consecuente sistema de protección. Según la aseveración de Flávia Piovesan, los tratados internacionales que integran dicho sistema

[...] reflejan, sobre todo, la conciencia ética contemporánea compartida por los Estados, al paso que invocan el consenso internacional acerca de temas centrales a los derechos humanos, buscando salvaguardar parámetros mínimos de protección del “mínimo ético irreductible”.³⁵

³⁵ PIOVESAN, F., “Protección de los derechos sociales: retos de un *ius commune* para Sudamérica”, en von Bogdandy, Fix Fierro, *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM/Max-Planck-Institut/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, p. 344.

II. LOS DERECHOS HUMANOS COMO COMPONENTE FUNDAMENTAL DE LA DEMOCRACIA

1. ACLARACIÓN CONTEXTUAL

Como cuestión preliminar subrayo que en el Mercosur se constata una estructuración del enfoque humanista a través del prisma de una agenda inspirada en las necesidades político-sociales de la región. Tradiciones políticas e historias similares de vulneración de derechos, aunque con diferencias en cuanto al mayor o menor grado de gravedad de represión, han determinado el rumbo de la regulación tuitiva de la democracia en su nexo intrínseco con la garantía de los derechos humanos. Bajo el paraguas de la doctrina de la seguridad nacional como soporte ideológico de las dictaduras militares del Cono Sur y el denominado “Plan Cóndor”, se cometieron violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos en los países miembros fundadores del bloque mercosureño, aunque con diferencias en cuanto al mayor o menor grado de intensidad del terrorismo de Estado.³⁶

Sin embargo, el clima de miedo instaurado bajo el régimen autoritario no impidió la aparición de organizaciones no gubernamentales (ONG) para defender a los ciudadanos contra el poder arbitrario del Estado, en particular los derechos civiles y políticos. Se produjo una ecuación inversa: en la medida en que las dictaduras militares reforzaban su poder, la justicia y los derechos humanos se distanciaban del Estado y era la sociedad civil la que impulsaba la agenda de los derechos.³⁷

³⁶ GONZÁLEZ, J. C./VILLEGAS DÍAZ, M., “Derechos Humanos y desaparecidos en dictaduras militares”, en *América latina hoy: Revista de ciencias sociales*, Vol. 20, 1998, pp. 19-40.

³⁷ PITANGUY, J./HERINGER, R., “Direitos Humanos no Mercosul”, en *Cadernos fórum civil*, Año 3, n. 4, Rio de Janeiro, 2001, pp. 8 y ss.

Desde la transición democrática se ha ido ampliando dicha agenda, incorporando la cuestión social como línea transversal para atender los grupos vulnerables (mujeres, niños, pueblos indígenas, personas privadas de libertad), las minorías sexuales o la protección del medio ambiente, por mencionar algunos de los ejes centrales. El marco de la violación de los derechos humanos está caracterizado más recientemente por otro tipo de violencia, como la policial, urbana o la de los grupos paramilitares. En consecuencia, las ONGs se han transformado con nuevos actores, articulados en redes nacionales, regionales e internacionales, adoptando estrategias de acción concertadas.³⁸

En el nuevo milenio han ocurridos grandes transformaciones a nivel normativo y el Mercosur ha sido un escenario propicio para apalancarlos. La construcción paulatina de la agenda común tiene como presupuestos, por un lado, las convergencias existentes entre las Constituciones nacionales y, por otro lado, la ratificación de los principales instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.³⁹ Sobre esta base, los Estados Partes acuerdan regular en el bloque la cláusula de derechos humanos, reiterando la condicionalidad recíproca entre éstos y la democracia.

2. DECLARACIONES PRECEDENTES

La promulgación del Protocolo de Asunción estuvo precedida de una serie de Declaraciones así como del reiterado debate acerca de la elaboración de una Carta de derechos fundamentales del Mercosur. Esta temática de los derechos humanos en el Mercosur es muy compleja en lo cuantitativo y en lo cualitativo, ya que existe

³⁸ SIKKINK, K., “La Dimensión Transnacional de los Movimientos Sociales,” en Jelin (Ed.), *Más Allá de la Nación: Las Escalas Múltiples de Los Movimientos Sociales*, Buenos Aires, 2003, pp. 301-335.

³⁹ DE OLIVEIRA BETHONICO, C. C., “Os direitos humanos no Mercosul”, en *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Vol. 2, Brasil, 2007, pp. 17 y ss.

una superposición de instrumentos de diversas fuentes, validez y fuerza coercitiva, que han sido producto del desarrollo político y social experimentado en la región.⁴⁰ Se ha intentado, desde el pasado compartido, construir identidades regionales, expresivas de los pueblos del Cono Sur, que sirvan “de base para que el Mercosur sea concebido no sólo como un mercado común, sino también como una incipiente comunidad política”.⁴¹

En la línea de mutación hacia el Mercosur político y el Mercosur social, se incrementan los instrumentos que abren el abanico de los objetivos “esenciales” del bloque a fin de incorporar el fortalecimiento de la democracia, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el progreso social, la protección del medio ambiente, el fortalecimiento del consumidor, entre tantos otros. Ante la amalgama jurídica, enunció sólo ciertas declaraciones relevantes para la comprobación de mi argumento sobre la creciente configuración de un orden normativo protector de la democracia en su imbricación con los derechos humanos y arraigo en el elemento social.

El advenimiento de la nueva Era es prolífero en pronunciamientos. En el año 2000 se produce la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social, orientada al compromiso gubernamental de mejorar la calidad de vida en los respectivos países y en la región, prestando atención prioritaria a los “sectores más desprotegidos de la población en materia de alimentación, salud, empleo, vivienda y educación”.⁴² Asimismo, la Declaración Presidencial de Derechos

⁴⁰ BUONGERMINI, M. M., *Carta de derechos fundamentales del Mercosur. Conferencia en el Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudoTextual/anexo/Carta_de_Direitos_Humanos_Maria_Mercedes_Buongermini.pdf>.

⁴¹ ABRAMOVICH, V., *Jornada 20 años del Mercosur*. “Derechos humanos en el proceso de integración”. Disponible en la página oficial del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH).

⁴² Carta de Buenos Aires sobre compromiso social en el Mercosur, Bolivia y Chile, Buenos Aires, 30 de junio de 2000.

Fundamentales de los Consumidores,⁴³ define al consumidor como agente económico y sujeto de derecho que requiere protección a su vulnerabilidad, a cuyo efecto los EP se proponen realizar esfuerzos en pos de una armonización de las legislaciones nacionales de defensa del consumidor, sobre el catálogo de los “derechos fundamentales” que dispone de manera enunciativa.⁴⁴

Otras declaraciones muestran un mayor nivel de concretización respecto a las obligaciones de los EP y contemplan la armonización con los estándares internacionales, lo que considero corrobora el reconocimiento de un orden normativo multinivel. Ejemplo de ello son la Declaración de Presidentes sobre Erradicación del Trabajo Infantil que indica la necesaria armonización normativa en relación a los convenios de la OIT⁴⁵ y la Declaración Presidencial sobre Compromiso del Mercosur con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.⁴⁶ Este pronunciamiento se inscribe en el lugar prioritario que ocupa el tema del combate a la impunidad de los autores de crímenes contra la humanidad en la agenda de derechos humanos en el Mercosur. En la doctrina se ha acuñado la expresión “Operación Cóndor a la inversa” para calificar el interés de identi-

⁴³ Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur, Florianópolis, 15 de diciembre de 2000.

⁴⁴ La Declaración incluye un catálogo de derechos que comprenden desde la protección eficaz de la vida, la salud, y la seguridad del consumidor y del medio ambiente contra los riesgos provocados por prácticas en el suministro de productos y servicios, la provisión de servicios, el acceso al consumo con libertad de elección, sin discriminaciones ni arbitrariedades, entre otros (Puntos a hasta k).

⁴⁵ Declaración de Presidentes sobre Erradicación del Trabajo Infantil, Buenos Aires, 6 de julio de 2002.

⁴⁶ Los EP se comprometen a no celebrar acuerdos multilaterales o bilaterales con terceros Estados, que sean susceptibles de afectar las bases de jurisdicción de la Corte Penal Internacional o de otras disposiciones del Estatuto. Declaración Presidencial sobre Compromiso del Mercosur con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Asunción, 20 de junio de 2005.

ficar los restos de las personas desaparecidas y los niños secuestrados durante el período autoritario de los países suramericanos.⁴⁷

3. LA CLÁUSULA DE LOS DERECHOS HUMANOS

En diciembre de 2004, el Consejo del Mercado Común (CMC) creó mediante Decisión N° 40/04, la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos.⁴⁸ Esta instancia elaboró en 2005 el Protocolo sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur, conocido como “Cláusula de Derechos Humanos”, aprobado por el CMC en la Decisión N° 17/05.⁴⁹ Conforme al Art. 7 se reconoce este Protocolo como parte integrante del Tratado de Asunción y adquiere carácter vinculante.

Este nuevo instrumento, ratificado por todos los miembros, envuelve una modificación cualitativa trascendente en el Mercosur, porque los derechos humanos son afianzados como factor clave del proceso de integración. Se resaltan los principios comunes, la vocación dialógica con el sistema universal y el interamericano así como el deber fundamental de proteger, promover y garantizar los derechos humanos como *conditio* para la consolidación del bloque.

A. FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS

Se distingue el PA por su vocación de diálogo con los sistemas interamericano y universal. Primeramente, reafirma los principios

⁴⁷ Palabras del asesor de la Secretaria Especial de Direitos Humanos de Brasil, Murilo Komniski. Seminario “Participação em política externa e direitos humanos no Mercosul”, Brasília el 28.09.2006. Disponible en: <www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1763&Itemid=2>.

⁴⁸ Decisión CMC No. 40/04, Creación de la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del Mercosur, Belo Horizonte, 16 de diciembre de 2004.

⁴⁹ Mercosur/CMC/DEC. N° 17/05, Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur, de 19 de junio de 2005.

y normas contenidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en otros instrumentos regionales de derechos humanos, así como en la Carta Democrática Interamericana. El PA insiste en la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos, sean éstos derechos económicos, sociales, culturales, civiles o políticos.

Un sector de la doctrina se ha manifestado a favor de la adhesión del Mercosur a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁰ Otros autores opinan que la implicación primordial radica en que

[...] los estándares fijados por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos deben ser acatados individualmente y ‘*ad intra*’ por los Estados Partes del Mercosur y, ya focalizando la dinámica del bloque regional, por los órganos de este proceso de integración.⁵¹

Asumo esta última postura a favor del cumplimiento de los estándares del sistema interamericano.

En sintonía con la apertura hacia el sistema global de los EP del Mercosur, el Protocolo ratifica las distintas resoluciones de la Asamblea General y de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el sentido de que el respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales son elementos esenciales de la democracia. Queda plasmada la intención de aprovechar los avances logrados en la nueva era. Particularmente estaba latente la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas so-

⁵⁰ BIDART CAMPOS, G./ALBANESE, S., *Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario*, Buenos Aires, 1998, p. 24.

⁵¹ BAZÁN, V., “Mercosur y Derechos Humanos: Panorama, Problemas y Desafíos”, en *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica avançando no diálogo constitucional e regional*, Rio de Janeiro, 2011, p. 479.

bre Promoción y Consolidación de la Democracia,⁵² calificada por Christian Tomuschat como el momento culminante de la Organización Mundial en la línea sin vacilaciones a favor de la democracia, pormenorizando los requisitos esenciales de una democracia auténtica.⁵³ Ya ha afirmado Rawls que, en el marco de la sociedad de naciones, el respeto por los derechos humanos es una de las condiciones que cualquier régimen político debe cumplir para conformar “una sociedad política de pueblos justa”.⁵⁴

Con anterioridad a la suscripción del PA, en el plano universal ya había otros pronunciamientos relevantes para avalar la concepción propuesta desde el Sur en cuanto al vínculo entre democracia y derechos humanos. Se trata por ejemplo de la Declaración del Milenio,⁵⁵ así como de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre el fortalecimiento de la función de las organizaciones y mecanismos regionales, subregionales y de otro tipo en la promoción y consolidación de la democracia.⁵⁶ En el bloque se dictaron principios relativos a la lucha contra la pobreza, en el entendido que la consolidación democrática demanda una sociedad más equitativa y justa, “lo que obliga a asumir la tarea prioritaria de un plan de acción de más amplio alcance para responder a los gra-

⁵² Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/55/96), de 4 de diciembre de 2000.

⁵³ TOMUSCHAT, C., “¿Necesitamos nuevos conceptos de democracia y soberanía en las instituciones de la integración regional?”, en VON BOGDANDY/ PIOVESAN/MORALES ANTONIAZZI (Coords.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Sao Paulo, 2013, p. 30.

⁵⁴ RAWLS, J., *El derecho de los Pueblos*, Bogotá, 1996, p. 131.

⁵⁵ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/55/2), de 8 de septiembre de 2000.

⁵⁶ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/59/201), de 20 de diciembre de 2004.

ves desafíos de la actual situación social”.⁵⁷ El Mercosur significa, según tales principios, la plataforma adecuada para la realización de estos valores.

La manifestación de permeabilidad, regulada de modo expreso en este instrumento contentivo de la cláusula de derechos humanos, ratifica mi argumento respecto a la construcción de los principios y normas comunes por la vía de la penetración de los estándares internacionales e interamericanos. Los órdenes normativos se retroalimentan y así pueden llenarse los vacíos que el Protocolo de Asunción y el de Ushuaia puedan tener en materia de las exigencias de una sociedad democrática. En Suramérica se vive un proceso de transformación de las Constituciones que, gracias a las cláusulas de apertura, permite la construcción (no lineal) de un *ius constitutionale commune*. A nivel normativo se afrontó desafiar al concepto tradicional de soberanía entendida como poder ilimitado, último e indivisible para gobernar un territorio sin permitir injerencias externas. El Estado actual está inmerso en la internacionalización de los procesos de creación del derecho, donde confluye un pluralismo de foros de decisión pública inter-, supra- y trans-nacional⁵⁸ y los países suramericanos no son la excepción.⁵⁹ Este entrelazamiento de órdenes internacional, supranacional y nacional, como advierte

⁵⁷ Declaración de Presidentes del Mercosur, Iniciativa de Asunción Sobre Lucha Contra la Pobreza Extrema, 2005; Declaración de Asunción “Hacia un Mercosur Social como instancia articuladora de las Políticas Sociales en la Región”, Asunción, 1º de Junio de 2005; Declaración de Buenos Aires “Por un Mercosur con rostro humano y perspectiva social”, Buenos Aires, 14 de Julio de 2006.

⁵⁸ TORRES, A., “¿Se limita o refuerza el poder ejecutivo como consecuencia de la Internacionalización de los procesos de producción normativa?”, en *Seminario SELA, Panel II: Globalización y Poder Ejecutivo*, Bogotá, 2006. Disponible en: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Aida_Torres.pdf>.

⁵⁹ Cfr. MORALES ANTONIAZZI, M., “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, en *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 178-227.

Santiago Cantón, no supone bloqueo entre los mismos, sino refuerzo en la protección de los derechos humanos de la región.⁶⁰

Incorpora también los principios de la Declaración Presidencial de Puerto Iguazú contentiva del compromiso de la alta prioridad que se le asigna a la protección, promoción y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas que habitan en el Mercosur. En tal sentido se reafirma que la vigencia del orden democrático constituye una garantía indispensable para el ejercicio efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y que toda ruptura o amenaza del normal desarrollo del proceso democrático en una de las Partes pone en riesgo el goce efectivo de los derechos humanos. Así, los valores democráticos y la defensa de los derechos constituyen el centro sobre el cual se desplaza todo el entramado y la sinergia integrativa.

El PA menciona en sus considerandos que “toda ruptura o amenaza del normal desarrollo del proceso democrático en una de las Partes pone en riesgo el goce efectivo de los derechos humanos”. Podría interpretarse que al contemplar el supuesto de la amenaza del normal desarrollo del proceso democrático, pretende rescatar la tradición anterior al Protocolo de Ushuaia y atender este supuesto. Una interpretación integral y amplia daría lugar a incluir entre los supuestos de aplicación los casos de amenaza al orden democrático. Dado que este punto se vincula con el alcance de aplicación del Protocolo de Ushuaia, lo examino bajo el apartado del mecanismo de protección en sentido estricto.

B. ESTRUCTURA Y APLICABILIDAD

El Protocolo de Asunción (PA) presenta una estructura básicamente similar al Protocolo de Ushuaia (PU). Reafirma la plena vigencia

⁶⁰ CANTÓN, S., “Prevención de la Tortura en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011, p. 71.

de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre los EP (Art. 1). Introduce como novedad el compromiso de los EP en la cooperación mutua para la promoción y protección efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales establecidos en el Mercosur (Art. 2).

El ámbito de aplicación del Protocolo se extiende a los EP cuando en alguno de ellos se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales o en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos (Art. 3). De allí que el Protocolo de Asunción adquiera una extraordinaria importancia por su amplio radio de aplicación que no deja dudas respecto de la protección de manera inseparable e indisoluble de los valores democráticos y los derechos humanos como un acervo que debe ser garantizado en el bloque.

El PA prevé un procedimiento de aplicación semejante al Protocolo de Ushuaia en sus elementos: una instancia de consultas (Art. 3) y unas medidas a aplicar para el caso en que las consultas no conlleven a la solución de la crisis detectada. Las medidas que adoptarán los EP contra el Estado afectado se corresponden con las previstas en el PU, es decir, desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo (Art. 4).

En cuanto al procedimiento para la adopción de las medidas antes mencionadas, se establece, como es usual en el Mercosur, el consenso como método decisorio entre los EP, sin la participación de la parte afectada. Dichas medidas comenzarán a regir en la fecha en que se realice la comunicación correspondiente (Art. 5) y cesarán a partir de la fecha de la comunicación a dicha Parte de que las causas que las motivaron fueron subsanadas (Art. 6).

El PA debido a su rango, es parte integrante del Tratado de Asunción (Art. 7) y está abierto a la adhesión de los Estados Asociados al Mercosur. De esta manera, la cláusula de derechos humanos del Mercosur queda incorporada, al igual que la cláusula democrática, al núcleo constitucional de la organización.

Waldemar Hummer afirma que la protección “de los derechos fundamentales de la persona en el seno del Mercosur se expresa en forma *programática*”⁶¹ en distintas fuentes comunitarias *lato sensu*. Partiendo de la premisa de que el Tratado de Asunción no contiene ninguna referencia explícita a los derechos fundamentales, identifica entre las llamadas fuentes programáticas el Preámbulo del Tratado, tres Protocolos, una decisión del Consejo del Mercado Común y menciona que entrarían en esta categoría los comunicados de los Presidentes de los Estados Partes y Asociados. En el Preámbulo, ya citado, se manifiesta que

Convencidos de la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles con el fin de *mejorar las condiciones de vida de sus habitantes*. (Considerandos, párr. 6).

Además de los considerandos del Protocolo de Asunción, Hummer incluye el Protocolo de Olivos, que dispone que los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* y el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción [...] así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia (Art. 34). También incorpora el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, que entre los principios del órgano establece [...] el respeto a los derechos humanos en todas sus expresiones, (Art. 3.4) y dentro de sus competencias, [...] Elaborar y publicar anualmente un informe sobre la situación de los derechos humanos en los Estados Partes, teniendo en cuenta los

⁶¹ HUMMER, W., “La elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur desde una perspectiva europea”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año 15, Montevideo, 2009, pp. 690 y ss.

principios y las normas del Mercosur (Art. 4.3). Asimismo Hummer considera fuentes en sentido amplio la decisión del Consejo de Mercado Común (CMC) N° 40/04 sobre Creación de la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del Mercosur (RAADH), que como postulados incorpora

Que los derechos humanos son fundamentales para la construcción de sociedades libres y para la búsqueda del desarrollo económico y social, que la protección y la promoción de los derechos humanos de los ciudadanos de los Estados Partes del Mercosur y de los Estados Asociados son objetivos esenciales del proceso de integración de America del Sur; que las libertades individuales, los principios democráticos y el Estado de Derecho constituyen valores comunes a las sociedades sudamericanas. (considerandos, párr. 1 al 3).

Las fuentes se enuncian sin pretensión alguna de abarcar el amplio abanico de regulaciones existentes en esta área en el Mercosur, en particular la gama de documentos declarativos encabezada por las Declaraciones de los Presidentes de los Estados partes y de los Estados asociados.

Bajo el prisma europeo, la materia de derechos humanos se desarrolla más bien como enunciados de principios genéricos y pautas orientadoras y no como normas vinculantes, mientras autores de la región enfatizan la dimensión humanista de los fenómenos integrativos que buscan modular la tensión entre mercado, por una parte, y democracia y derechos humanos, por la otra, razón por la cual atribuyen importancia de incluir estas normas y principios para proteger estos valores axiológicos fundamentales del proceso.⁶²

El punto de partida es diferente desde el Sur. La ampliación de los derechos humanos y su mayor grado de exigibilidad se han erigido como paradigmas de revalorización de la diversidad cultural para potenciar la integración. No basta con los avances en la juri-

⁶² VENTURA, D./ROLIM, M., *Os direitos humanos e o Mercosul: uma agenda (urgente) para além do mercado*, 2002. Disponible en: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/dhmercosul.pdf>.

dicidad estableciendo nuevos derechos, sino que su aplicación práctica, la divulgación del contenido de esas libertades, la articulación entre los diferentes actores y las respectivas políticas públicas para desarrollarlos son condiciones imprescindibles para efectivizar los derechos. Por ello hay un policentrismo jurídico y distintos procesos de monitoreo, cuyo fin es procurar el mayor acceso a la justicia.

Un estudio empírico reciente, con base en una lectura transversal de los documentos y declaraciones elaborados por los 16 grupos temáticos existentes exclusivamente en el campo de las últimas cumbres sociales del Chaco (2010), Montevideo (2011) y Mendoza (junio 2012), asoman una aproximación conceptual dirigida a la protección de los sectores más vulnerables o excluidos como los niños y adolescentes, los refugiados ambientales, las mujeres, las personas con discapacidades, las comunidades campesinas, entre otros. Un conjunto de nuevos derechos emergentes así como los derechos colectivos fijan la atención hacia el derecho al agua, a la información y la comunicación, a la cultura. Amalgamar las diversidades y buscar una integración plena van de la mano con el fortalecimiento de la democracia, el reconocimiento de esos derechos y el efectivo cumplimiento de los derechos. De allí que se trata de otro enfoque conceptual.⁶³

Aunque en Suramérica existe una brecha entre normatividad y realidad constitucional en cuanto al respeto efectivo de los derechos, un factor determinante para posibilitar su mayor exigibilidad es la participación de la sociedad civil,⁶⁴ pues ha articulado la denomina-

⁶³ Documento del Consejo Consultivo de la Sociedad Civil (CCSC), “A modo de síntesis - lectura transversal de los trabajos de 16 comisiones temáticas de las Cumbres Sociales del Mercosur”, CCSC, Cancillería argentina, Octubre 2012. Disponible en: <<http://ccsc.mrecic.gov.ar/modo-de-s%C3%ADntesis-lectura-transversal-de-los-trabajos-de-16-comisiones-tem%C3%A1ticas-de-las-cumbres-soci-0>>.

⁶⁴ Sin acotar la literatura a nivel internacional sobre el papel de los ONGs en los tribunales internacionales, baste citar contribuciones específicas en el marco interamericano como CARDOSO, E., *Litigio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Belo Horizonte, 2012. (Coleção Fórum Direitos Humanos, 4), p. 96;

da “espiral normativa virtuosa”, con la cual Laurence Helfer explica el fenómeno de “refuerzo normativo” entre el derecho internacional de los derechos humanos y los órdenes constitucionales domésticos.⁶⁵ Tal como lo expone Martín Abregú, las ONGs de derechos humanos han sido actores claves en los procesos de consolidación democrática suramericana, primeramente reclamando las violaciones masivas y sistemáticas de las dictaduras y procurando para las víctimas lograr verdad y justicia en las transiciones post-dictatoriales, así como mediante la extensión de la nueva agenda hacia los temas de la lucha contra la pobreza y la corrupción, metamorfosis que ha estado acompañada de la oficialización por parte de los Estados, cuyos gobiernos pasaron de enemigos declarados de los derechos humanos a la promoción y defensa de estos derechos, aunque sea fundamentalmente retórica.⁶⁶ Este empoderamiento en la esfera pública de los grupos anteriormente invisibilizados ha sido posible, en gran medida, por el activismo legal transnacional y los movimientos sociales en la región, si bien conviven y se conecta con el siguiente punto, como es, que “las necesidades de protección de los ‘más débiles’ requieren en definitiva una interpretación del derecho a la

TRAMONTANA, E., “La participación de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances, desafíos y perspectivas”, en VON BOGDANDY/FERRER MACGREGOR/MORALES ANTONIAZZI (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius cosntitucionale commune en América Latina?*, Tomo II, Mexico 2010) pp. 533-556; ARAÚJO PRADO, F., “Dos Direitos Humanos e as Organizações não governamentais: casamento marcado?”, en OLIVEIRA (Coord.), *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos: Interface com o direito constitucional contemporâneo*, Belo Horizonte, 2007, pp. 205-228, especialmente pp. 220-222.

⁶⁵ HELFER, L. R., “Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes”, en *Columbia Law Review*, Vol. 102, 2002, pp. 1832-1911, p. 1832.

⁶⁶ ABREGÚ, M., “Derechos Humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva - una mirada desde la Región Andina y el Cono Sur”, en *SUR*, São Paulo. Disponible en: <http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,artigo_abregu.htm>.

vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna”.⁶⁷

El Estado abierto, no obstante, ha hecho posible la emergencia de un *ius commune*, producto de la creciente y progresiva internacionalización, interamericanización y mercosurización, admitiendo que pueda producirse una cierta yuxtaposición con los ordenamientos nacionales o hasta alguna redundancia, sin que ello sea negativo.⁶⁸ Los Estados suramericanos se han abierto al derecho internacional de los derechos humanos de manera progresiva, existe convergencia en la ratificación de los instrumentos interamericanos (sólo Venezuela ha presentado el preaviso de denuncia de la Convención Americana),⁶⁹ lo que hace posible una cuasi plena subregionalidad.⁷⁰ Asimismo por la vía del Mercosur el acervo del *ius commune* en el Mercosur muestra un estado embrionario mediante el *soft law*.⁷¹ Se dan pasos con la penetración de instrumentos como

⁶⁷ Voto concurrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli en el Caso de los “Niños de la Calle” [Villagrán Morales y otros], Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 7.

⁶⁸ DULITZKY, A., “Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano”, en BUERGENTHAL (Ed.), *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, San José, 1996, pp. 129-166, p. 165.

⁶⁹ Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.pdf>.

⁷⁰ Sergio García Ramírez sostiene que en la medida en que se ratifican los instrumentos interamericanos, se enriquece dicho acervo para alcanzar una regionalidad plena. Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ/CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (Coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, 2009, p. 28.

⁷¹ Entre otros, *vid.*, Declaración de Presidentes sobre Erradicación del Trabajo Infantil, Buenos Aires, 6 de julio de 2002; Declaración Presidencial sobre Compromiso del Mercosur con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Asunción, 20 de junio de 2005; Declaración sobre derechos humanos de los Presidentes del Mercosur y Estados Asociados, Montevideo, 9 de diciembre de 2005; Decisión de respaldar la justiciabilidad de los DESC, IV

las normas de la Declaración socio-laboral⁷² o cuando se pretende regular la materia migratoria.⁷³ Paulatinamente se están sentando las bases de una ciudadanía mercosureña.⁷⁴ Como sostiene Flavia Piovesan, la primacía del valor de la dignidad humana, como paradigma y referencial ético, representa el principio orientador del constitucionalismo estatal, regional y global, dotándolos de especial racionalidad, unidad y coherencia.⁷⁵

C. COLOFÓN

Con motivo de la conmemoración del 57 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Presidentes dictaron una nueva Declaración sobre Derechos Humanos (apenas seis meses más tarde al PA), que precisó la concepción y los principios que rigen en el bloque, a saber: los principios y valores que sus-

Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur (RAADDHH), Buenos Aires, Argentina, 8 y 9 de junio de 2006; Propuestas del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) para la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura, ideados por el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura, y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas de 2011. Un análisis comparativo, MONTEAGUDO VALDEZ, M., “Construcción europea y liberalización económica en América Latina: Desafíos comunes en la evolución del Derecho Internacional Económico”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. 43, Bilbao, 2010, pp. 91-114, pp. 106-108.

⁷² Los Estados Partes adoptaron el 10 de diciembre de 1998, la Declaración Sociolaboral del Mercosur (DSL M). Disponible en: <<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/declaraciones/declmercosur1998.htm>>.

⁷³ Los países del Mercosur solicitaron la primera opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de la niñez migrante. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_esp.pdf>.

⁷⁴ Proyecto de decisión sobre el Estatuto de Ciudadanía aprobado en la reunión del GMC, LXXXI^a, Noticias Mercosur, 05.11.2010

⁷⁵ Cfr. PIOVESAN, F., “Direito Constitucional, direitos humanos e o direito constitucional internacional”, en *Caderno de direito constitucional V*, Porto Alegre, 2006, pp. 7 y 8.

tentan la Declaración de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el principio de no discriminación, los principios de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el compromiso de fortalecer los órganos del sistema interamericano (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos), los principios sustentados en el Protocolo de Asunción y la Carta Andina sobre los Derechos Humanos, principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.⁷⁶

Los EP, marcados por las graves, masivas y sistemáticas violaciones de libertades fundamentales en el pasado dictatorial, subrayan que “constituye un derecho colectivo de nuestras sociedades el conocer la verdad acerca de lo ocurrido”.⁷⁷ Esta área de atención, con su nexo causal en las dictaduras, representa un eje claro de consenso en los EP fundadores y determina las posteriores actuaciones de la institucionalidad de los derechos humanos.⁷⁸

III. PROTOCOLO DE MONTEVIDEO (USHUAIA II): ¿AVANCE O RETROCESO?

A partir de 2010 la cláusula democrática constituye uno de los ejes de gravitación determinantes de la integración bajo una nueva con-

⁷⁶ Declaración sobre derechos humanos de los Presidentes del Mercosur y Estados Asociados, Montevideo, 9 de diciembre de 2005.

⁷⁷ La Declaración hace mención expresa a las jornadas sobre “Memoria Verdad y Justicia” realizadas en la ciudad de Montevideo el día 16 de noviembre de 2005.

⁷⁸ Baste como ejemplo citar los Principios para políticas públicas sobre sitios de memoria, un manual regional para preservar las huellas del pasado reciente, elaborado por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH), avalado por la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados.

cepción y una proliferación de las mismas en términos análogos,⁷⁹ en el sentido de contemplar no sólo la ruptura del orden democrático como causal de aplicación, sino de ampliar los supuestos, permitiéndose su invocación a efectos de prevenir rupturas institucionales,⁸⁰ sin desconocerse que cada cláusula muestra matices particulares. Así apareció la cláusula de Unasur,⁸¹ cuyo detonante fue el levantamiento policial en Ecuador,⁸² luego se adoptó en las Cumbres Iberoamericanas⁸³ y le siguió la cláusula de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC),⁸⁴ en un contexto de reiteración de las nociones de plena autonomía, soberanía y desarrollo sin interferencias externas en los sistemas políticos nacionales.

1. ANTECEDENTE: UNA NUEVA CONCEPCIÓN DESDE UNASUR

Resulta imperativo puntualizar algunos elementos de la cláusula democrática de Unasur debido a sus notables influencias en la propuesta de reforma presentada en el seno del Mercosur. El contexto

⁷⁹ ROJAS ARAVENA, F., “La Celac y la integración latinoamericana y caribeña. Principales claves y desafíos”, en *Nueva Sociedad*, Vol. 240, julio-agosto 2012, p. 24.

⁸⁰ RAMÍREZ, L. M., “Principales instrumentos jurídicos que resguardan la democracia en las Américas”, en *Américas*, Vol. 63, n. 4, julio-agosto 2011, pp. 37 y ss.

⁸¹ Jefes de Estado y de Gobierno de Unasur: “Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de Unasur sobre Compromiso con la Democracia”, Georgetown, 26 de noviembre de 2010.

⁸² OSPINA PERALTA, P., “Ecuador: ¿intento de golpe o motín policial?”, en *Nueva Sociedad*, n. 231, enero-febrero de 2012.

⁸³ Jefes de Estado y de Gobierno Iberoamericanos: “Declaración Especial sobre la Defensa de la Democracia y el Orden Constitucional en Iberoamérica”, Mar del Plata, 4 de diciembre de 2010.

⁸⁴ Las Jefas y los Jefes de Estado y de Gobierno de los países latinoamericanos y caribeños, Declaración Especial sobre la Defensa de la Democracia y el Orden Constitucional en la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), Caracas, 3 de diciembre de 2011.

como se produce la cláusula, su contenido y el alcance de las medidas sancionatorias así como sus interrelaciones con el sistema de la OEA, son aspectos relevantes para el análisis del mecanismo de protección de la democracia mercosureña.

La adopción de la cláusula democrática en Unasur surge como respuesta a la crisis política en Ecuador el 30 de septiembre de 2010,⁸⁵ señalizada por el Gobierno de la República como intento de golpe de Estado⁸⁶ y con distintos calificativos por las organizaciones regionales. La OEA, en sesión extraordinaria celebrada el mismo día, resolvió repudiar cualquier intento de alterar la institucionalidad democrática, ofreció respaldo a la República del Ecuador y al gobierno en su deber de preservar el orden institucional, democrático y el Estado de derecho. En este sentido también hizo un enérgico llamado a la fuerza pública del Ecuador y a los sectores políticos y sociales a evitar cualquier acto que pueda exacerbar la situación de inestabilidad política, atentando contra el orden democrático instituido, la paz social y la seguridad pública.⁸⁷

Unasur, por su parte, en la cumbre de Buenos Aires celebrada el 01 de octubre de 2010, calificó los hechos de golpe de Estado, condenándolo enérgicamente. Se produjo la advertencia que los Estados miembros, en caso de nuevos quiebres del orden constitucional, adoptarán medidas concretas e inmediatas tales como cierres de fronteras, suspensión del comercio, del tráfico aéreo y de la provisión de energía, servicios y otros suministros.⁸⁸ La dis-

⁸⁵ Cientos de policías ecuatorianos ocuparon y bloquearon un regimiento y la pista del aeropuerto de Quito en protesta por la eliminación de incentivos y bonificaciones profesionales aprobadas por la Asamblea Nacional a través de la Ley de Servicio Público. Públicamente los policías adujeron reivindicaciones gremiales, y el gobierno reaccionó alertando sobre un intento de golpe de Estado.

⁸⁶ Los hechos fueron ampliamente divulgados en los medios de comunicación. Disponible en: <<http://colarebo.wordpress.com/2010/09/30/presidente-correa-denuncia-intento-de-golpe-de-estado>>.

⁸⁷ *Cfr.* OEA/Ser.G CP/RES. 977 (1772/10), 30-09-2010.

⁸⁸ *Cfr.* Declaración de Unasur, de 01 de octubre de 2010.

paridad de criterios para la calificación de los hechos conllevó a su cuestionamiento como un intento de golpe de Estado contra el poder legítimamente constituido o si por el contrario se trató de una protesta gremial que desencadenó en lamentables hechos que pusieron en riesgo la tranquilidad ciudadana y la seguridad de muchas personas, entre ellas la del Presidente de la República.⁸⁹

En la IV Reunión Cumbre Ordinaria de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de Unasur, se dicta un Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo que establece la Cláusula Democrática.⁹⁰ Entre sus caracteres particulares se encuentran que ponen el acento en el compromiso de defensa y protección del orden democrático, del estado de derecho y sus instituciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales, *incluyendo la libertad de opinión y de expresión*, como condiciones para el desarrollo del proceso de integración (subrayado propio).

Se establece que el Protocolo se aplicará en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos. La corriente de Unasur era proclive a incluir la amenaza o riesgo, como se manifestó en la declaración formulada en la crisis de Bolivia en el 2008, en la que se rechazó el intento de desestabilización democrática, si bien emplearon el término “intento de golpe civil”.⁹¹ Su corte, no obstante, ha estado impregnado por

⁸⁹ LUNA, I., “Ecuador – La revuelta policial del 30 de septiembre: ¿Intento de golpe de Estado o revuelta gremial fuera de control?”, Análisis de Norwegian Latin America Research Network NorLARNet, 9 de mayo del 2011. Disponible en: <http://www.norlarnet.uio.no/pdf/behind-the-news/spanske/2011/ecuador_spansk.pdf>.

⁹⁰ *Cfr.* Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de Unasur sobre Compromiso con la Democracia. Disponible en: <<http://www.unasursg.org/uploads/61/5e/615e42826e009f160d8d8d420a2086bf/Protocolo-adicional-compromiso-con-la-democracia.pdf>>.

⁹¹ *Vid.*, la Declaración de La Moneda.

la idea de “mantener a salvo la integridad del sistema democrático, con base en el respeto a la voluntad del soberano”.⁹²

Entre las innovaciones se puede recalcar que, según el Art. 2, el Estado afectado u otro Estado miembro tienen la facultad de solicitar la convocatoria para conocer acerca de la situación en cuestión. El punto de inflexión con la tradición diplomática suramericana se regula en el Art. 4 respecto a las medidas a aplicar. Establece también el Protocolo (Art. 6) que cuando el gobierno constitucional de un Estado miembro considere que exista una amenaza de ruptura o alteración del orden democrático que lo afecte gravemente, podrá requerir acciones concretas concertadas de cooperación y el pronunciamiento de Unasur para la defensa y preservación de su institucionalidad democrática. El cese de las medidas se produce cuando se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático constitucional (Art. 7).

La cláusula democrática de Unasur ha sido ratificada por Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guyana, Perú y Venezuela. En Colombia pasó los cuatro debates en la Cámara de Representantes y está para sanción presidencial antes de pasar a la Corte Constitucional.⁹³ En Ecuador, la Corte Constitucional emitió dictamen previo y vinculante declarando la constitucionalidad de las disposiciones contenidas en el Acuerdo y el Pleno de la Asamblea Nacional Legislativa de ese país aprobó el Protocolo en junio de 2013.⁹⁴ Vale

⁹² Discurso del Presidente de Ecuador en la IV Cumbre de poderes judiciales de países Unasur, Cuenca, 23 de junio de 2010. Disponible en: <<http://www.unasursg.org/uploads/2c/21/2c2185c3dc69bebda58c45342f82136d/Presidente-Rafael-Correa-en-la-IV-Cumbre-de-Poderes-Judiciales-de-Paises-UNASUR.pdf>>.

⁹³ *Cfr.* Cancilleres de Unasur celebraron el fortalecimiento y la consolidación del organismo. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Colombia. Disponible en: <<http://www.cancilleria.gov.co/news/news/node/3371>>

⁹⁴ *Vid.*: <<http://www.unasursg.org/inicio/centro-de-noticias/archivo-de-noticias/instrumento-que-resguarda-el-orden-democratico-en-la-region-fue-aprobado-en-ecuador>>.

acotar que en el debate aprobatorio en Chile se criticó que este instrumento adopte el mecanismo de consenso similar al vigente en Naciones Unidas, lo que permite una acción paralizante y que el propio Estado que viole la cláusula impida su aplicación, a la vez que no se incluye el supuesto de vulneración de los derechos humanos.⁹⁵

2. LÍNEAS RECTORAS DE LA PROPUESTA DE REFORMA DEL PROTOCOLO DE USHUAIA

La propuesta del nuevo Protocolo de Montevideo sobre compromiso con la democracia en el Mercosur (conocido como Ushuaia II),⁹⁶ que sustituiría al Protocolo vigente (Ushuaia), entraría en vigencia una vez que sea ratificado por los Parlamentos. Aunque no es un instrumento vinculante por cuanto falta dicha ratificación por los órganos legislativos de los Estados, es necesario hacer mención a sus rasgos fundamentales con la finalidad de identificar la concepción democrática que encierra y contrastarla con los parámetros vigentes.

El contenido material y procesal de la nueva cláusula democrática del Mercosur denota líneas de continuidad así como innovaciones respecto al PU. En su redacción se constata el apego a considerar la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración (primer considerando). Se reitera además el compromiso con la promoción, defensa y protección del orden democrático, del Estado de derecho y sus instituciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales, como condiciones esenciales e in-

⁹⁵ *Vid.*: <http://www.senado.cl/suscriben-protocolo-de-unasur-sobre-compromiso-con-la-democracia-y-los-derechos-humanos/prontus_senado/2011-12-01/134432.html>.

⁹⁶ Protocolo de Montevideo sobre compromiso con la Democracia en el Mercosur (Ushuaia II), 20.12.2011.

dispensables para el desarrollo del proceso de integración y para la participación en el Mercosur (segundo considerando).⁹⁷

Respecto al ámbito de aplicación, el Art. 1 prevé que “se aplicará en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos”. Del PU II se desprende una interpretación inclinada a presumir, *ad inicio*, que el orden democrático se altera en contra del ejercicio legítimo de un gobierno constitucional y democrático. Esta presunción podría generar cuestionamientos en la praxis en virtud de que la violación del orden constitucional o de los principios democráticos también podría provenir de los propios órganos del Poder Público legítimamente constituidos.

Se ha planteado en la doctrina, luego de revisarse algunas experiencias suramericanas recientes, que la legitimación histórica-electiva del poder político puede conducir a la ruptura del orden constitucional vigente cuando a la toma de posesión del cargo obtenido en las urnas le sucede la manifestación de una vocación de quiebre con la legalidad.⁹⁸ En ese sentido, preocupa que la cláusula democrática más bien tenga el trasfondo de preservar el llamado “gobierno constitucional” en detrimento de aplicarse también en los casos de erosión de la democracia. Habría la posibilidad de encubrir las tendencias hacia el populismo “antiliberal”, que propugna una

⁹⁷ No se observa en esta propuesta de cláusula un reconocimiento expreso acerca de que la democracia constituye un valor universal que hace parte del acervo comunitario ni a su vínculo con el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales que son requisitos esenciales para la participación en los distintos órganos, como sí lo contempla por ejemplo la cláusula de las Cumbres Iberoamericanas. Tampoco se hace referencia a la salvaguarda de ciertos derechos, como la libertad de expresión, como lo dispone por ejemplo la cláusula de Unasur.

⁹⁸ PIZZOLO, C., “Populismo y rupturas constitucionales Los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 1, Chile, 2007, pp. 371-394.

aceptación de las reglas democráticas sólo en la legitimidad popular, pero rechazan otras premisas de la democracia liberal, entre ellas la separación de poderes.⁹⁹

En el Art. 2 se incorpora, como novedad, que el Estado afectado puede solicitar la reunión extraordinaria de los EP para tratar la situación de alteración del orden democrático; en el Art. 3 dispone que las consultas inmediatas se harán “con las autoridades constitucionales de la Parte afectada”. Se introduce el Art. 4 que regula la solicitud de colaboración a los EP para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática, cuando “el gobierno constitucional de una Parte considere que está ocurriendo en su jurisdicción” una de las situaciones de riesgo o ruptura del orden democrático.

En el Art. 5 refleja una mixtura sin precedentes. De un lado asume una especie de soberanía ejecutiva —propia de la Carta Democrática Interamericana como lo describe Legler en cuanto se actúa a iniciativa del Ejecutivo—,¹⁰⁰ ya que sujeta la actuación de los órganos del Mercosur (Presidentes o Ministros de Relaciones Exteriores en sesión ampliada del CMC), a los requerimientos del Gobierno constitucional de la Parte afectada y con su consentimiento. Es en este supuesto que se podrían activar comisiones de apoyo, cooperación y asistencia técnica y especializada o comisiones abiertas para acompañar los trabajos de mesas de diálogo entre los actores políticos, sociales y económicos, acotando la norma de la Parte afectada.

De otro lado, el mismo Art. 5.2 prevé la posibilidad de participación en tales comisiones de los órganos parlamentarios (Parlasur, Parlamento Andino, Parlamentos Nacionales) así como del Alto Representante General del bloque. Aunque el Mercosur ha mantenido

⁹⁹ RUPNIK, J., *Populismos de Europa del Este, columna de opinión publicada en Clarín*, Buenos Aires, 14 de febrero de 2007, p. 33.

¹⁰⁰ LEGLER, T., “¿Ocaso del régimen interamericano para la promoción de la democracia?”, en VON BOGDANDY/UGARTEMENDIA/SAIZ ARNAIZ/MORALES ANTONIAZZI, *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, País Vasco, 2012, pp. 111-134.

una diplomacia presidencial,¹⁰¹ considero que este reforzamiento de los poderes ejecutivos en materia de la cláusula democrática representa un retroceso, teniendo en cuenta que es contraria a la auténtica comunitarización de las actuaciones en defensa de la democracia.¹⁰² Por el contrario, coadyuva al equilibrio institucional y al debate en la esfera pública que se aumente la participación del poder legislativo en los procedimientos de aplicación de la cláusula democrática.¹⁰³

Llama la atención las medidas y sanciones, que siguiendo las pautas de la cláusula democrática de Unasur pero en contravención, como sostengo, con los principios aceptados por los países del bloque.¹⁰⁴ Un cuadro sinóptico entre las medidas reguladas en el Protocolo de Unasur y en el de Ushuaia II revela la convergencia de la tendencia a incluir sanciones nuevas y las similitudes entre ambas cláusulas:

¹⁰¹ MALAMUD, A., “La Diplomacia Presidencial y los Pilares Institucionales del Mercosur: un examen empírico”, en *Cuadernos de Relaciones Internacionales*, n. 15, octubre 2010.

¹⁰² Como se ha afirmado en la doctrina, en Mercosur se debe “evitar la concentración ejecutivista, que deviene en ejecutivismo sin ejecutividad”. Cfr. CAETANO, G./VÁZQUEZ, M./VENTURA, D., “Reforma Institucional del Mercosur. Análisis de un Reto”, en *Línea de documentos de CEFIR-InWent*, Montevideo, 2008, pp. 14 y ss.

¹⁰³ Incluso rescatando el componente simbólico que ha traído consigo la constitución de un Parlamento en el Mercosur. Cfr. GARDINI, G. L., “Un parlamento regionale per il Mercosur”, en *Affar Internazionali*, 2007.

¹⁰⁴ Si bien es cierto que este tipo de medidas extremas han sido aplicadas por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el marco del derecho internacional, su análisis histórico muestra que sus inevitables efectos perniciosos se extienden al grueso de la población civil. Paraguay sostuvo una postura crítica y el rechazo de los parlamentarios se elevó por el Presidente de la delegación de ese país en el Parlasur, en octubre de 2012.

Tabla 1. Medidas reguladas en el Protocolo de Unasur y en el Mercosur (Ushuaia II)

<i>Unasur</i>	<i>Mercosur (Ushuaia II)</i>
a. Suspensión del derecho a participar en los distintos órganos e instancias de la Unasur, así como del goce de los derechos y beneficios conforme al Tratado Constitutivo de Unasur.	a. Suspender el derecho a participar en los distintos órganos de la estructura Institucional del Mercosur.
b. Cierre parcial o total de las fronteras terrestres incluyendo la suspensión o limitación del comercio, tráfico aéreo y marítimo, comunicaciones, provisión de energía, servicios y suministros.	b. Cerrar de forma total o parcial las fronteras terrestres. Suspender o limitar el comercio, tráfico aéreo y marítimo, las comunicaciones y la provisión de energía, servicios y suministros
c. Promover la suspensión del Estado afectado en el ámbito de otras organizaciones regionales e internacionales.	c. Suspender a la Parte afectada del goce de los derechos y beneficios emergentes del Tratado de Asunción y sus Protocolos, y de los Acuerdos de integración celebrados entre las Partes, según corresponda.
d. Promover, ante terceros o bloques regionales, la suspensión de los derechos o beneficios del Estado afectado, derivados de los acuerdos de cooperación de los que fuera parte y	d. Promover la suspensión de la Parte afectada en el ámbito de otras organizaciones regionales e internacionales. Promover ante terceros países o grupos de países la suspensión a la Parte afectada de derechos y/o beneficios derivados de los acuerdos de cooperación de los que fuera parte.

Tabla 1. Continúa

<i>Unasur</i>	<i>Mercosur (Ushuaia II)</i>
	e. Respaldar los esfuerzos regionales e internacionales, en particular en el marco de las Naciones Unidas, encaminados a resolver y a encontrar una solución pacífica y democrática a la situación acaecida en la Parte afectada.
e. Adopción de sanciones políticas y diplomáticas adicionales.	f. Adoptar sanciones políticas y diplomáticas adicionales.

Esta concepción del bloque plasmada en la propuesta contradice los lineamientos que a nivel latinoamericano han regido en los foros regionales e internacionales. En la Cumbre de la Unidad celebrada en 2010 en México, los Jefes de Estado pronunciaron su reclamo al Gobierno de los Estados Unidos de América para poner fin a las sanciones económicas, comerciales y financieras que mantiene contra Cuba.¹⁰⁵ En la misma línea, la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando ha expresado la necesidad de cesar estas medidas, ha exhortado a todos los países a abstenerse de promulgar y aplicar leyes y medidas que supongan un bloqueo y a cumplir la normativa internacional garantizando la libertad de comercio y navegación internacionales.¹⁰⁶

Los responsables de la aplicación de las medidas son los Presidentes o los Cancilleres (Art. 7), también son los encargados de interponer sus buenos oficios y realizar gestiones diplomáticas para

¹⁰⁵ *Cfr.* Declaración sobre la necesidad de poner fin al bloqueo económico, comercial y financiero de los Estados Unidos contra Cuba. Cumbre de la Unidad, México, 23 de febrero de 2010.

¹⁰⁶ Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/Res/66/6, 8-12-2011, N° 2.

[...] promover el restablecimiento del orden democrático y constitucional, el legítimo ejercicio del poder y la plena vigencia de los valores y principios democráticos en el país afectado. Dichas acciones se llevarán a cabo en coordinación con las que se realicen en aplicación de otros instrumentos internacionales sobre la defensa de la democracia y el respeto de los derechos humanos. (Art. 8).

El PU II contempla la entrada en vigencia y el cese de las medidas (Art. 9). Expresamente se señala que el PU II forma parte del Tratado de Asunción (Art. 10).

IV. POTENCIAL DE LA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA: ¿REGRESIÓN A LA MERA PROMOCIÓN?

“Los mil rostros de la región”.¹⁰⁷ Esta expresión, alusiva a la Cumbre Iberoamericana celebrada en Cádiz, en noviembre de 2012, con motivo del bicentenario de la Constitución gaditana, recoge la explosión de múltiples factores contextuales contemporáneos: intentos colectivos para construir espacio de integración con viabilidad política y económica, rechazo de los instrumentos multilaterales que datan del pos 48, Estados Unidos como fantasma, desdibujado en su histórico papel de aliado estratégico, la horizontalidad de las relaciones y una América Latina aconsejando a Europa sobre cómo salir de la crisis financiera con políticas contra cíclicas.¹⁰⁸ Es un escenario proclive a las tendencias integracionistas regionales y subregionales, incluso con objetivos contrapuestos, como la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA) (conservador-populista) y la recién creada Alianza del Pacífico (comer-

¹⁰⁷ Comentario del Secretario General de Flacso. Disponible en: <<http://nuevo.flacso.org/secretaria-general/los-mil-rostros-de-la-regi%C3%B3n-iberoam%C3%A9rica-la-cumbre-y-sus-alcances>>.

¹⁰⁸ El lema de la Cumbre era “una relación renovada”. *Cfr.* Declaración final, XXII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, Cádiz, España, 16 y 17 de noviembre de 2012.

cial-pragmática).¹⁰⁹ José Briceño Ruiz divide dos ejes, el revisionista (Mercosur y Unasur) y el antisistémico (ALBA).¹¹⁰

Al inicio del milenio se producía una efervescencia de la protección de la democracia. En la Primera Cumbre Sudamericana de Presidentes celebrada en Brasilia en el 2000 se afirmaba que el Protocolo de Ushuaia y el Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia eran una suerte de Cláusula Democrática Suramericana, reconociéndolas como dos garantías adicionales para la estabilidad política y la continuidad institucional en América del Sur. El propósito dibujado en ambos instrumentos se dirigía al mantenimiento del Estado de derecho y al pleno respeto al régimen democrático en cada uno de los doce países de la región. Se trata, a la vez, de un objetivo y un compromiso compartidos, según el discurso utilizado. Los dos bloques decidieron sujetar la participación en futuros encuentros suramericanos a la condicionalidad democrática y se insistió en realizar consultas políticas en caso de amenaza de ruptura del orden democrático en América del Sur.

Según mi criterio, el escenario doce años más tarde es a la inversa. Se han multiplicado las cláusulas democráticas pero en el debate político se ha flexibilizado el alcance de la cláusula como condición de participación. Recientemente se produjo la polémica acerca de la solicitud de participación de Cuba en distintos foros, como fue el caso de la última Cumbre de las Américas, que puso de manifiesto la polarización y tensiones políticas derivadas de las posturas a

¹⁰⁹ Los medios de comunicación recogen estos planteamientos. Cfr.: <http://www.clarin.com/mundo/Surge-Alianza-Pacifico-contrapeso-Mercosur_0_930507042.html>. Más reciente: <<http://www.viicumbrealianzadelpacifico.com>>.

¹¹⁰ BRICEÑO RUIZ, J., “La Iniciativa del Arco del Pacífico Latinoamericano. Un nuevo actor en el escenario de la integración regional”, en *Nueva Sociedad*, N° 228, 2010, pp. 44 y s.

favor y en contra, sin haberse logrado un consenso ni declaración definitiva.¹¹¹

La Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) se gestó desde el 2000¹¹² y tuvo como primera concreción la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN),¹¹³ siendo durante la primera cumbre energética de Sudamérica en la Isla Margarita, Venezuela,¹¹⁴ que los Jefes de Estado bautizaron el proyecto. En el Tratado constitutivo se mencionan las Declaraciones de Cusco (8 de diciembre de 2004), Brasilia (30 de septiembre de 2005) y Cochabamba (9 de diciembre de 2006) como fuentes de inspiración de esta iniciativa. Su finalidad, según los documentos declarativos, es acometer un proceso innovador, que incluya todos los avances del Mercosur y la CAN, así como la experiencia de Chile, Guyana y Suriname, yendo más allá de la mera convergencia de ambos bloques.

En el proceso evolutivo, Unasur se encuentra en proceso de gestación. La democracia aparece como un valor constitutivo. En el Preámbulo del Tratado, los Estados Parte

[...] ratifican que tanto la integración como la unión sudamericanas se fundan en los principios rectores de: irrestricto respeto a la

¹¹¹ Bajo el título “Conectando las Américas: Socios para la Prosperidad” se desarrolló el 14 y 15 de abril de 2012, la Sexta Cumbre enfocada en el rol de la integración física y la cooperación regional como medio para alcanzar mayores niveles de desarrollo y superar los desafíos del Hemisferio en varias áreas claves incluyendo pobreza y desigualdades, seguridad ciudadana, desastres y acceso y uso de tecnologías.

¹¹² Fue una propuesta de Fernando Henrique Cardoso por intensificar la cooperación de los países de la región (1. Cumbre de los países de América del Sur en Brasilia, agosto de 2000).

¹¹³ El 8 de diciembre 2004, se proclamó en Cusco, Perú (Declaración de Cusco). Los participantes son los miembros del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela) y de la CAN (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) más Chile, Guayana y Surinam.

¹¹⁴ *Cfr.* Correo Sindical latinoamericano: “I Cumbre Energética Suramericana”. Boletín Temático, No. 3, abril 2007. Disponible en: <http://www.fes-sindical.org/publicaciones/csla_16_tema_cumbreenergetica.pdf>.

soberanía, integridad e inviolabilidad territorial de los Estados; autodeterminación de los pueblos; solidaridad; cooperación; paz; democracia; participación ciudadana y pluralismo; derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes; reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible.

Continúa el Preámbulo con la intención de los países que suscriben el Acuerdo en ratificar

[...] que la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto irrestricto de los derechos humanos son condiciones esenciales para la construcción de un futuro común de paz y prosperidad económica y social y el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Miembros.

En el propio articulado del Tratado se menciona como objetivo el fortalecimiento democrático (Art. 2),¹¹⁵ en relación al diálogo político se preservarán los valores democráticos (Art. 14), se deja abierta la creación de un Parlamento en un Protocolo Adicional (Art. 17) y, en cuanto a la participación ciudadana en el proceso de integración, se alude a la interacción democrática (Art. 18).¹¹⁶

De facto, hubo pronunciamientos de Unasur a favor de la democracia sin existir la cláusula en dos declaraciones sobre la trascendencia de la garantía de la democracia en sus Estados Miembros.¹¹⁷

¹¹⁵ Cfr. CIENFUEGOS MATEO, M., “La Viabilidad de la Unión de Naciones Sudamericanas”, en HUMMER (Ed.), *Mercosur y Unión Europea*, Sao Paulo, 17 y 18 de septiembre de 2007, publicado en 2008.

¹¹⁶ Se destaca en el texto de la norma que Unasur “promoverá la participación plena de la ciudadanía en el proceso de la integración y la unión suramericanas, a través del diálogo y la interacción amplia, democrática, transparente, pluralista, diversa e independiente con los diversos actores sociales, estableciendo canales efectivos de información, consulta y seguimiento en las diferentes instancias de Unasur”.

¹¹⁷ Declaración de Unasur, 12 de setiembre de 2008: “Las Naciones Sudamericanas anhelan fervientemente que, a la brevedad posible, se restablezca el orden y la convivencia ciudadana pacífica, y el diálogo orientado a normalizar el funcionamiento de la vida democrática”, Declaración de La Moneda, Santiago de Chile, 15 de septiembre de 2008.

Igualmente en el reciente caso de Paraguay (2012), asumió el rol protagónico Unasur. Su concepción se corresponde con un proyecto ambicioso, que abarca elementos de una integración profunda, que debe incluir la dimensión político-constitucional al resaltar los valores de la democracia, la garantía de los derechos humanos, el respeto al Estado de derecho. Unasur no sustituye al Mercosur, aunque en algún momento se mencionó el fantasma de la desaparición de éste último en virtud de la aparición de un bloque mayor.¹¹⁸ La corriente doctrinal a favor de la complementariedad expone que Unasur y Mercosur se potencien mutuamente, donde Mercosur represente el núcleo duro de una construcción más amplia de alcance sudamericano en el marco de Unasur.¹¹⁹ Las reformulaciones normativas de las cláusulas democráticas de Unasur y Ushuaia II, como se explicó, muestran convergencia en el contenido y *de facto* se activaron en el caso de Paraguay de junio de 2012. No obstante, no se corresponde con la trayectoria de este mecanismo en los veintiún años de existencia del bloque mercosureño, que tradicionalmente había actuado por mecanismos consensuales y arreglos diplomáticos, si bien suficientemente enérgicos como para frenar los intentos de desinstitucionalización democrática (casos Paraguay 1996 y 1999). Tampoco es una buena señal para la institucionalidad del bloque que el Grupo de Trabajo que lleve adelante la supervisión del caso paraguayo se anclara en Unasur, en lugar de estar constituido en el seno del Mercosur.

En mi opinión, la yuxtaposición de ambos esquemas en materia de la cláusula democrática no arroja resultados positivos para el Mercosur. Entre las razones principales se aprecia el enfoque diplo-

¹¹⁸ *Vid.*, BID – INTAL: “Informe Mercosur N° 5”. Período 1998-1999, Buenos Aires, 1999, p. 9. Disponible en: <http://www.iadb.org/INTAL/aplicaciones/uploads/publicaciones/e-Informe_Mercosur_5.pdf>.

¹¹⁹ PEÑA, F., “La Unión Sudamericana, ¿diluye o complementa al Mercosur?”, *SABF-Blog*, disponible en: <http://blog.sabf.org.ar/2008/06/15/la-union-sudamericana-%C2%BFdiluye-o-complementa-al-mercosur/langswitch_lang/es/>.

mático en cuanto a la activación del mecanismo para promocionar más que proteger la democracia, mientras que en el Mercosur, en el plano normativo e institucional, rige la concepción de democracia material, vinculada a los estándares de protección de los derechos humanos internacionales e interamericanos, con órganos con competencia en materia de democracia y derechos humanos, léase Parlasur y Tribunal Permanente de Revisión. En lugar de un potencial afianzador, es un solapamiento regresivo, en contravía con el orden democrático mercosureño (PU y PA). La convocatoria de la Cumbre de Unasur en Lima con motivo de la crisis política en Venezuela a raíz de las cuestionadas elecciones presidenciales de abril de 2013 y la Declaración emitida, confirman esta regresión.¹²⁰

Las graves violaciones a los derechos humanos en Venezuela con motivo de las protestas contra el gobierno en 2014 también comprueban el retroceso. En el informe de Human Rights Watch de 5 de mayo de 2014, elaborado a raíz de la información sobre graves violaciones de derechos humanos con motivo de las marchas y manifestaciones públicas en protesta a las políticas del gobierno del Presidente Nicolás Maduro iniciadas el 12 de febrero, se documenta el patrón de graves abusos. En 45 casos, encontraron

[...] evidencias convincentes de graves violaciones de derechos humanos cometidas por miembros de las fuerzas de seguridad venezolanas, que incluían violaciones del derecho a la vida; la prohibición de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes; los derechos a la integridad física, la seguridad y la libertad; y las garantías de debido proceso. Estos abusos se vieron agravados por la actitud de funcionarios del Ministerio Público y del poder judicial que conocieron, participaron o de otro modo toleraron abusos contra mani-

¹²⁰ Declaración de Unasur. Disponible en: <<http://www.presidencia.gob.pe/declaracion-del-consejo-de-jefes-y-jefas-de-estado-y-de-gobierno-de-la-union-de-naciones-suramericanas-unasur>>.

festantes y detenidos, incluidas serias violaciones de sus derechos de debido proceso.¹²¹

Moisés Naím, columnista de *El País*, en el marco de la crítica a las protestas, afirma que el principal conflicto en la Venezuela de hoy no es entre los que

[...] promueven el socialismo y quienes creen en el capitalismo, entre ricos y pobres o entre quienes simpatizan con Estados Unidos y quienes repudian a la superpotencia. Es entre quienes defienden a un Gobierno que utiliza la violación de los derechos humanos como política de Estado y quienes están dispuestos a sacrificarse para impedirlo.¹²²

La tendencia hacia la promoción más que hacia la protección de la democracia y los derechos humanos también se puede notar en la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC). Representa otra iniciativa, que incluso trasciende las fronteras geográficas de América del Sur, aunque no tiene personalidad jurídica ni institucionalidad alguna. Está enclavada en el papel protagónico que Brasil ha ejercido como motor de la integración regional en las últimas décadas. Fue en el marco de la Reunión del Grupo de Río, celebrada en Salvador de Bahía en diciembre de 2008, que se realizó la I Cumbre de América Latina y el Caribe (CALC), que esbozaba la propuesta de un foro unificado a favor de la integración. Hacia la configuración de tal foro tuvo lugar la II Cumbre CALC, en febrero de 2010, en Cancún y se emitió la Declaración de la Riviera Maya,¹²³ promoviendo la constitución de un nuevo ente internacional de ámbito regional, bajo la denominación de “Comunidad de

¹²¹ Castigados por protestar, HRW, Mayo 2014. Disponible en: <<http://www.hrw.org/es/node/125382/section/2>>.

¹²² NAÍM, M., “Postales desde Venezuela”, en *El País*, 10 de mayo de 2014. Disponible en: <http://internacional.elpais.com/internacional/2014/05/10/actualidad/1399745673_554712.html>.

¹²³ Declaración de Riviera Maya. Disponible en: <<http://www.celac.gob.ve>>.

Estados Latinoamericanos y del Caribe” (en adelante CELAC), con el propósito no sólo de impulsar los procesos de integración regional,¹²⁴ sino también sujetarse y promover, entre otros, los valores de la democracia, los derechos humanos, el respeto al medio ambiente, la solidaridad, la inclusión social, la flexibilidad, la participación voluntaria, la pluralidad y la diversidad. Por ello México también es considerado como actor principal de esta “pujante” iniciativa.¹²⁵

El contexto histórico del Bicentenario de las Independencias de diversas Repúblicas de la región fue la plataforma de la III Cumbre CALC, celebrada en Caracas en diciembre de 2011, para la suscripción de la Declaración de Caracas y poner en marcha la CELAC, integrada por 33 Estados miembros (excluyendo a Estados Unidos y Canadá),¹²⁶ con cierta susceptibilidad a rivalizar con la Organización de Estados Americanos (OEA) y con una naturaleza híbrida. Se autodefine como un “espacio” o “foro unificado”, como un “mecanismo regional de integración” y como un “mecanismo representativo de concertación política, cooperación e integración de los Estados latinoamericanos y caribeños”.¹²⁷ Junto a la Declaración constitutiva, se firmaron el Plan de Acción 2012 y otros pronunciamientos, dentro de los cuales son relevantes las Declaraciones Especiales en materia de defensa de la democracia y el or-

¹²⁴ Cfr. PAMPILLO BALIÑO, J. P., “Bases Jurídicas para la Integración Americana. Algunas reflexiones en torno a la Cumbre de la Unidad de América Latina y el Caribe”, disponible en: <http://www.umanizales.edu.co/publicaciones/campos/juridicas/ambiente_juridico/12_colciencias/5.pdf>.

¹²⁵ Rojas Aravena, F., “La Celac y la integración latinoamericana y caribeña. Principales claves y desafíos”, en *Nueva Sociedad*, n. 240, 2012, pp. 16-27.

¹²⁶ Se trata de una asociación que abarca un conglomerado de más de 590 millones de habitantes, de 33 países, con una superficie superior a los 20 millones de kilómetros cuadrados.

¹²⁷ PAMPILLO BALIÑO, J. P., *La integración jurídica americana. Reflexiones y propuestas para un nuevo ius commune*, Bogotá, 2012, p. 97.

den constitucional, derechos humanos de los migrantes, seguridad alimentaria y nutricional, y Compromiso para la inclusión social.¹²⁸

La fórmula de la cláusula del compromiso democrático es amplia en el sentido de contemplar los supuestos de amenaza y ruptura, pero también tiene señales de retroceso al aludir nuevamente a los conceptos tradicionales de no intervención, soberanía, autoridades electas, por ejemplo. En la Declaración de la defensa de la democracia y el orden constitucional se lee que los países de la CELAC reiteran su compromiso con la democracia, pero agrega que se considera una amenaza para la Comunidad la ruptura o el peligro de ruptura del orden constitucional y de la democracia. La cláusula adoptada menciona el compromiso de protección del orden constitucional, los derechos humanos y la democracia. A propuesta de cualquier Estado, prevé la posibilidad de adoptar medidas en caso de ruptura del orden constitucional o del Estado de derecho, además de poderse realizar gestiones diplomáticas para contribuir a la normalización. Se pueda suspender al Estado en cuestión de participar en los órganos e instancias de CELAC.

V. CRÍTICAS A TÍTULO DE DESAFÍOS

Emergen críticas importantes del solapamiento que genera la llamada cláusula democrática de Unasur sobre la cláusula democrática de Mercosur, que influyen la propuesta de reforma del Protocolo de Ushuaia (Montevideo), en contravía con el acervo mercosureño. La Academia tiene un papel fundamental para influir en las transformaciones de las realidades político-institucionales y bajo ese prisma es ineludible ofrecer una síntesis y sin ánimo de exhaustividad, sobre la regresión en materia de protección de la condicionalidad recíproca entre democracia y derechos humanos.

¹²⁸ *Cfr.* Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe. Documentos disponibles en: <http://www.celac.gob.ve/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=77&lang=es>.

La nueva formulación de las cláusulas parece ignorar la erosión del concepto de soberanía. La cita de Armin von Bogdandy al ejemplo esclarecedor de la constelación posnacional dado por Eyal Benvenisti lo explica de modo sencillo: la vieja soberanía se asemejaba a la propiedad sobre una villa situada sola en un gran terreno, mientras que la nueva soberanía se parece a la propiedad sobre un apartamento en un inmueble con doscientas unidades.¹²⁹ Los Estados no pueden invocar la soberanía, bajo el tan citado principio de la no intervención, para violar el acervo construido en cuanto a la protección de la democracia en su vínculo con la salvaguarda de los derechos humanos.

El cambio de paradigma de la promoción de la democracia a la protección intrínsecamente consustancial con la garantía de los derechos humanos se gestó lentamente. Mediante los Protocolos de Ushuaia y Asunción se derogaba explícitamente el concepto de democracia formal, articulado desde la diplomacia, profundizando un renovado entendimiento del orden democrático mercosureño en sentido material, garantista de los derechos humanos. Las decisiones nacionales están bajo la supervisión de las autoridades supranacionales y por ello no se trata de un *domaine reservee* del Estado. Precisamente el margen de apreciación nacional no puede constituir un obstáculo para continuar el desarrollo de estándares comunes de derechos humanos a nivel regional y tampoco puede generar problemas de inconsistencia frente a casos similares. Si se comparan las distintas Declaraciones de Unasur (casos de Bolivia en el 2008, Ecuador 2010 así como en Venezuela 2013 y 2014), se pone de relieve el predominio de lo que Tomas Legler ha calificado como soberanía ejecutiva. Las cláusulas no son para defender a los Estados.

¹²⁹ VON BOGDANDY, A., “Principios fundamentales del Estado y de las organizaciones supranacionales e internacionales”, traducción de la versión en alemán del trabajo “Grundstrukturen/-prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen”, elaborado para el *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. IX, Cap. II.

El potencial transformador del constitucionalismo multinivel en un enfoque desde el Sur guarda relación estrecha con su contexto. Los avances de la protección de la democracia evidencian la penetración de los estándares a nivel global e interamericano. El Protocolo de Asunción manifiesta el apego del Mercosur a los principios y normas contenidos en los instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, incluso de la Carta Democrática Interamericana (CDI). Estos presupuestos normativos, que encierran el mínimo ético irreductible en el que los Estados Partes se han puesto de acuerdo en respetar, permiten determinar los criterios jurídicos aplicables en caso de amenaza o ruptura del orden democrático. Un enunciado de dichos parámetros se encuentra no sólo en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre promoción y consolidación de la democracia, sino particularmente en los Art. 3 y 4 de la CDI, que penetran y definen el concepto de democracia que se está protegiendo en el bloque del Cono Sur.

Desde el plano de la normatividad, los Protocolos de Ushuaia y Asunción forman parte del bloque de constitucionalidad de los Estados Partes y como herramienta que depende de su derecho interno, los Estados Partes pueden incorporar las normas tuitivas de los derechos humanos del Mercosur en sus ordenamientos nacionales. Ha sido el caso de la aplicación de la Declaración Socio-Laboral por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados Partes. Es un ejemplo ilustrativo del grado de permeabilidad e interacción entre los distintos órdenes normativos de la democracia y los derechos humanos. Por ello, se configura una garantía reforzada por la protección policéntrica (derivada de los instrumentos vinculantes y del *soft law*), con efectos de armonización por la vía de la gobernanza democrática y, a la vez, con efectos de estandarización por la vía jurisdiccional.

El Sur tiene, por tanto, ciertas especificidades en cuanto a la consustancialidad entre democracia y derechos humanos. La demo-

cracia ha sido y es el motor para transformar la violación masiva en protección masiva. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la verdad, al cual hace mención expresa la Declaración de los Presidentes sobre Derechos Humanos de 2005. En el bloque del Cono Sur, en razón de su pasado de dictaduras y del terror de Estado del llamado Plan Cóndor, adquiere un lugar privilegiado la lucha contra la impunidad y la prohibición de olvidar las violaciones masivas a los derechos humanos. En esta línea se inscriben las propuestas para consagrar este derecho en una Convención Internacional así como los Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria. Estos principios han sido elaborados por el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos y adoptados por la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur, en septiembre de 2012. El objetivo perseguido con los principios es guiar las políticas que se implementen a nivel doméstico en materia de creación, preservación y gestión de lugares donde se cometieron graves violaciones, o se enfrentaron esas violaciones, o se pretende repensar procesos traumáticos, y/o para homenajear y reparar a las víctimas.

En la praxis, sin embargo, la condicionalidad democrática muestra avances y retrocesos. Paradójicamente, sin cláusula funcionó más efectivamente que con cláusula. La condicionalidad democrática logró ser aplicada, tácitamente, en las crisis paraguayas de 1996 y 1999, sin el Protocolo de Ushuaia. Por el contrario, estando en vigor la cláusula regulada en el Protocolo de Ushuaia y ampliada con el Protocolo de Asunción, en el 2012 no se acató en el caso de suspensión de Paraguay y de adhesión de Venezuela. Todo el acervo jurídico construido en los últimos años se dejó al margen al violarse el contenido no sólo en lo procesal, sino también en lo material, del orden democrático. Ambos actos, cuasi simultáneos en lo temporal e interdependientes, en lo sustancial, no cumplieron las pautas normativas.

Somos testigos, en la época actual, de las ambivalencias y contradicciones que caracterizaron la actuación de los jefes de Estado en la aplicación de la cláusula en el plano político, con graves consecuencias en el ámbito jurídico, en cuanto a la suspensión de Paraguay y al ingreso de Venezuela. Por una parte se suspende a Paraguay por no respetar las garantías del debido proceso en el juicio de destitución del Presidente de ese país. Esta decisión, *per se*, podría calificarse como un avance positivo en la interacción del sistema mercosureño con el interamericano, pues este último ha consolidado un amplio acervo jurisprudencial en torno a la garantía del debido proceso. Sin embargo, se vulneró esta misma garantía del debido proceso en la aplicación de la sanción, por cuanto se obviaron las consultas entre los Estados Partes y el Estado afectado, en este caso Paraguay. Unido a la violación del derecho a ser oído, se produjo una yuxtaposición con la aplicación del mecanismo por parte de Unasur, aspecto cuestionable en la legalidad y legitimidad.

Alertar sobre las consecuencias e implicaciones jurídicas que surgen de la membresía plena de Venezuela resulta de alto interés académico interdisciplinario. En la ciencia política se han utilizado diversas denominaciones para describir los regímenes híbridos, como “democracias de fachada”, “pseudo democracias”, “democracias electorales”, “semidemocracias” y el expandido término “democracias delegativas”, en la que los presidentes tratan de eludir el Congreso a través del uso de los decretos, que según O'Donnell, esta legislación por Decreto es anti institucionalizante para la democratización y ratifica alta personalización y concentración del poder en el Ejecutivo.¹³⁰ Frente a los nuevos tipos de autoritarismo, Steven Levitsky afirma que en la región andina hay una nueva forma del autoritarismo que es el autoritarismo competitivo, región en la que

¹³⁰ SZMOLKA VIDA, I., “Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos. Su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos”, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 147, Madrid, enero-marzo 2010, pp. 103-135.

está Venezuela como el ejemplo más notorio. A diferencia de otros autoritarismos, en el autoritarismo competitivo hay elecciones y la oposición compite seriamente por el poder. Pero la competencia no es justa. Las libertades básicas –de expresión y de asociación– no son plenamente respetadas. Los medios de comunicación son cooptados u hostigados por el gobierno. Y, sobre todo, el oficialismo abusa masivamente de los recursos del Estado. Las instituciones estatales –la burocracia, las FFAA, el Poder Judicial, las autoridades electorales, la Sunat– se utilizan como armas para debilitar a la oposición. Los periodistas y los políticos de oposición pueden ser investigados, procesados, y encarcelados o exiliados por causas “legales” como corrupción, evasión de impuestos o difamación. El abuso sistemático del Estado le da al oficialismo una enorme ventaja sobre la oposición. Como escribió Jorge Castañeda con referencia a México en los años 90, es “como un partido de fútbol donde los arcos son de distintos tamaños y un equipo tiene 11 jugadores más el árbitro y el otro equipo solo tiene seis o siete jugadores”.¹³¹ Como explican Benigno Alarcón y Àngel Àlvarez, tres de los índices más prestigiosos del mundo (*Freedom House*, *The Polity IV Project* y *The Economist*), coinciden en afirmar que Venezuela hoy no es una democracia.¹³²

En este marco, vale la pena resaltar algunos de los elementos jurídicos más notorios de esta premisa de la inexistencia de democracia en Venezuela, desde la perspectiva de la condicionalidad democrática, tanto para el ingreso como para la suspensión, que rigen en el Mercosur y Unasur. Ante la crisis político-institucional que se registra en Venezuela, el Mercosur ha permanecido en silencio,¹³³

¹³¹ LEVITSKY, S., “Populismo y autoritarismo competitivo”. Disponible en: <<http://www.larepublica.pe/columnistas/punto-de-vista-steven-levitsky/populismo-y-autoritarismo-competitivo-26-09-2011>>.

¹³² ALARCÓN, B./ ÀLVAREZ, Á. E., “Un caso de autoritarismo competitivo”, en ALARCÓN DEZA (Coord.), *El desafío venezolano: Continuidad revolucionaria o transición democrática*, Caracas, 2014, p. 69.

¹³³ MALAMUD, A., Stroessner y Chávez en el Mercosur, publicado en el diario *El espectador*, el 29 abril, 2013. PROVESAN, F./MORALES ANTONIAZZI, M., “O

mientras Unasur dictó una declaración en abril de 2013, a causa de la crisis derivada de las elecciones presidenciales.¹³⁴ El contenido jurídico y el efecto práctico de la declaración fueron en la línea de defender la mencionada soberanía ejecutiva, en detrimento de los valores, principios y normas que impone la normativa mercosureña.

Con motivo de las protestas iniciadas en febrero de 2014, Unasur¹³⁵ acordó crear una comisión de cancilleres para que acompañara el diálogo entre la oposición y el gobierno de Venezuela, a fin de lograr un acuerdo que contribuya al entendimiento y la paz social.¹³⁶ Nuevamente la redacción de la declaración de Unasur y su puesta en vigencia demostraron un fracaso, el llamado diálogo se suspendió apenas un mes después y los voceros institucionales fueron Unasur y el Alianza Bolivariana para los Pueblos de nuestra América (ALBA).¹³⁷ Mercosur no se ha pronunciado.

No hay democracia en Venezuela si se toman en cuenta los elementos esenciales y componentes fundamentales que contiene la Carta Democrática Interamericana y que deben ser fuente de inter-

silêncio cúmplice dos governos do Mercosul”, publicado en el diario O Globo, el 2 de mayo de 2013.

¹³⁴ El texto de la declaración puede leerse en: <<http://www.presidencia.gub.uy/Comunicacion/comunicacionNoticias/declaracion-unasur-en-lima>>.

¹³⁵ Un intento de crear una comisión para una mediación en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), promovido por Panamá, había fracasado, según información recogida en los medios de comunicación. *Vid.*, v. g.: <<http://www.eluniverso.com/noticias/2014/03/13/nota/2351361/unasur-se-reune-directriz-formar-comision>>.

¹³⁶ La nota de prensa de Unasur está disponible en: <<http://www.unasursg.org/inicio/centro-de-noticias/archivo-de-noticias/ministras-y-ministros-de-relaciones-exteriores-de-unasur-emiten-resoluci%C3%B3n-sobre-la-violencia-presentada-en-venezuela>>. Algunos párrafos de la declaración pueden leerse en: <<http://www.lapatilla.com/site/2014/03/13/unasur-enviara-mision-cancilleres-a-venezuela-para-facilitar-dialogo-de-paz/>>.

¹³⁷ *Vid.*, las declaraciones del Canciller ecuatoriano. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com.ec/434882-ricardo-patino-tratara-en-venezuela-dialogo-entre-gobierno-y-oposicion/>>.

pretación en el Mercosur y en Unasur. Como bien lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político”.¹³⁸ Sin pluralismo no hay democracia. Afirma Jesús María Casal que la democracia implica que el gobierno de las mayorías tiene límites, que “se explican en buena medida por los requerimientos del pluralismo político, que se manifiesta en derechos fundamentales como la libertad de expresión, de asociación, de reunión y de manifestación”.¹³⁹ En Venezuela, una serie de sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) dejan en evidencia la violación del pluralismo político, consustancial a la garantía de la democracia.

La Sala Constitucional, en su sentencia N° 207 del pasado 31 de marzo, avaló la pérdida de la investidura de la diputada María Corina Machado, pues el TSJ interpretó el sentido y alcance del artículo 191 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se refiere a la aceptación de una actividad de representación (sea permanente o alterna), indistintamente a su tiempo de duración, ante un órgano internacional por parte de un diputado o diputada a la Asamblea Nacional que está desempeñando su cargo durante la vigencia del período para el cual fue electo, para declarar su incompatibilidad con dicha función legislativa. La diputada Machado había aceptado la representación alterna que le ofreció Panamá para exponer en la Organización de Estados Americanos la grave situación de Venezuela y se le negó el derecho de palabra. Las sentencias de la Sala Constitucional del TSJ N° 245, de 9 de abril de 2014 y la N° 263, de 10 de abril de 2014, relativas al

¹³⁸ Corte IDH. Caso Yatama *vs.* Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 192.

¹³⁹ CASAL, J. M., “Bases constitucionales de la reconstrucción institucional”, en ALARCÓN DEZA (Coord.), *El desafío venezolano: Continuidad revolucionaria o transición democrática*, Caracas, 2014, p. 248.

desacato a la sentencia de amparo constitucional, materializaron el arresto, la destitución y la inhabilitación de dos alcaldes de la oposición (arresto de 10 meses y medio y de 12 meses), sin aplicación de las reglas del proceso penal.

Asimismo, en su sentencia N° 276, de 24 de abril del 2014, la Sala Constitucional del TSJ, dio una interpretación al artículo 68 de la Constitución dirigida a considerar como contrario al orden público y al ordenamiento jurídico las manifestaciones públicas de protesta en contra del gobierno por parte de quienes las promuevan sin que hubieran sido autorizadas. Se viola una tradición constitucional aneja de no exigirse autorización previa a una manifestación sino la simple notificación. Otra decisión cuestionable es la sentencia N° 651, de 11 de junio 2014, mediante la cual se sostiene que la participación de miembros activos de la *Fuerza Armada Nacional*, uniformados en marchas partidistas (15 de marzo de 2014), confeccionar pancartas con mensajes políticos, o proferir mensajes institucionales de proselitismo del partido político de gobierno no constituye un menoscabo a su profesionalidad, sino un baluarte de participación democrática y protagónica y lo califica como parte del derecho

[...] de participar libremente en los asuntos políticos y en la formación, ejecución y control de la gestión pública –siguiendo lo consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República de Venezuela–, así como también, el ejercicio de este derecho se erige como un acto progresivo de consolidación de la unión cívico-militar, máxime cuando su participación se encuentra debidamente autorizada por la superioridad orgánica de la institución que de ellos se apresta.

En el plano de la internacionalización, interamericanización y mercosurización del orden constitucional venezolano, promovido y permitido por la Constitución venezolana de 1999,¹⁴⁰ se puso de relieve la vulneración del acervo tuitivo desde que la Sala Consti-

¹⁴⁰ MORALES ANTONIAZZI, M., “La doble estatalidad abierta y la tutela de los derechos en el constitucionalismo suramericano de la integración”, en VON

tucional del TSJ ya había develado un rechazo hacia la garantía de la democracia y los derechos humanos conforme a los estándares del *ius constitutionale commune* de América Latina. Venezuela, junto con Perú en la era de Fujimori, representa el segundo caso de rechazo sistémico al sistema interamericano de derechos humanos. Mediante la sentencia 1.939, de 18 de diciembre de 2008, declaró inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana referida a la “Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”,¹⁴¹ y además decidió solicitarle “al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión”, ampliamente cuestionada por Carlos Ayala Corao en su obra sobre la doctrina de la “inejecución”.¹⁴²

En el informe de *Human Rights Watch* de 5 de mayo de 2014, elaborado a raíz de la información sobre graves violaciones de derechos humanos con motivo de las marchas y manifestaciones públicas en protesta a las políticas del gobierno actual, iniciadas el 12 de febrero de 2014, se documenta el patrón de graves abusos. En 45 casos, encontraron

[...] evidencias convincentes de graves violaciones de derechos humanos cometidas por miembros de las fuerzas de seguridad venezolanas, que incluían violaciones del derecho a la vida; la prohibición de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes; los derechos a la integridad física, la seguridad y la libertad; y las garantías de debido proceso. Estos abusos se vieron agravados por la actitud de

BOGDANDY, ARMIN (*et al.*), *La Tutela Jurisdiccional de los Derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, IVAP, Oñati, 2012, p. 237-297.

¹⁴¹ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

¹⁴² Ayala Corao, C., “Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (Nº 1939) de fecha 18-12-08”, *Estudios Constitucionales*, Año 7, n. 1, 2009, pp. 391-395.

funcionarios del Ministerio Público y del poder judicial que conocieron, participaron o de otro modo toleraron abusos contra manifestantes y detenidos, incluidas serias violaciones de sus derechos de debido proceso.¹⁴³

Estos indicadores jurídicos contrastan con la Declaración de las presidentas y los presidentes de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados, reunidos en la ciudad de Caracas, Venezuela, el día 29 de julio de 2014, con ocasión de la XLVI Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común (CMC), que en sus Considerando expresan reiterar

[...] su compromiso con la profundización de los mecanismos de integración, unión y concertación regional por medio de un diálogo político permanente, que permita garantizar la *soberanía de la región* y preservar a Suramérica como una zona de paz y *reafirmaron su voluntad irrevocable de fortalecer la democracia, el orden constitucional, el Estado de Derecho y la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales*.¹⁴⁴

¿Cuál es el propósito del tipo de cláusula democrática como la de Unasur? ¿Es una atipicidad o tipicidad de la última década? Parece típico del último quinquenio acudir a mecanismos que acentúan la concertación política y la cooperación, en lugar de fortalecer la integración en sentido estricto. Es un fenómeno recurrente que los fracasos de ciertas iniciativas se intenten compensar con nuevos proyectos (ALBA, CELAC, Alianza del Pacífico), pero en el ámbito de la democracia y los derechos humanos esta tendencia a la fragmentación representa un grave equívoco. Ante el interrogante expresado en el título de este ensayo sobre si Unasur representa el reaseguro o la regresión de mercosurización de la democracia y

¹⁴³ Castigados por protestar, HRW, Mayo 2014. Disponible en: <<http://www.hrw.org/es/node/125382/section/2>>.

¹⁴⁴ Disponible en: <<http://www.mercosurabc.com.ar/docs/files/CC%20de%20Cumbre%20julio%202014.pdf>>, énfasis añadido.

los derechos humanos, la respuesta es categóricamente que es un retroceso que tiene consecuencias sumamente negativas, como se constata en el autoritarismo competitivo que caracteriza a Venezuela, miembro pleno del bloque, sin que se activara, hasta el día de hoy la cláusula democrática regulada en el Protocolo de Ushuaia y reforzada con el Protocolo de Asunción.

LA VULNERABILIDAD COMPRENDIDA DESDE LA FILOSOFÍA, LA SOCIOLOGÍA Y EL DERECHO. DE LA NECESIDAD DE UN DIÁLOGO INTERDISCIPLINARIO

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN¹

RESUMEN: La noción de vulnerabilidad, ya recogida en varios estudios sociológicos y filosóficos, ofrece una nueva forma de (re)pensar la relación del ser humano con el Otro y con su sociedad. Por la importancia de la visión que ofrece, los juristas deben aproximarse a ella, pues brindará un nuevo campo de aplicación del derecho, no solamente a partir de las personas vulnerables, sino de la identificación de los contextos de vulneración. Los derechos humanos constituyen un espacio idóneo para el estudio de la vulnerabilidad, desde una visión interdisciplinaria.

PALABRAS CLAVE: *vulnerabilidad, derechos humanos, igualdad, discriminación.*

ABSTRACT: The notion of vulnerability, contained in several sociological and philosophical studies, offers a new approach about the relationship of humans with the Other and the society. From this view, the lawyers has a new field of application of law: not only regarding the vulnerable person, but identifying the contexts of vulnerability. The Human Rights are an appropriate area for the use of vulnerability, in interdisciplinary perspective.

KEY WORDS: *vulnerability, human rights, equality, discrimination.*

L La *vulnerabilidad*, vista en esta perspectiva, introduce el tema de la relación entre los individuos y la sociedad en la cual viven. Cuestiona la “representación del ser humano”² en el marco de la *Cité, la Polis*. Y si esta representación ha evolucionado

¹ Profesora de la Escuela de Derecho de la Sorbonne. Instituto de investigaciones en derecho internacional y europeo. (IREDIES).

² Cfr. GENARD, J. L., “Une réflexion sur l’anthropologie de la fragilité, de la vulnérabilité et de la souffrance”, en *Destins politiques de la souffrance*, París, Érès, 2009, p. 28.

profundamente desde hace aproximadamente veinte años es porque la sociedad se ha transfigurado. El modelo del Estado benefactor después de la guerra, el Estado social y protector, no existe más; el *Welfare State* ha vencido.

Frente a estos cambios estructurales en aspectos políticos, económicos, sociales y familiares, reveladores de esta desaparición del modelo social originado después de la Guerra, han aparecido nuevas formas de comprensión y de tratamiento de la relación entre el individuo y la frágil sociedad en la que se desenvuelve. Filósofos de un lado, sociólogos en el otro, se han enfocado con decisión en el estudio y en el análisis de nuevas formas de subjetividad contemporánea. *Adieu* a los análisis en términos de autonomía y de igualdad de derechos y *vive* a aquellos que enfatizan la dependencia en las relaciones y en la igualdad diferenciada, no universalista. La vulnerabilidad, por tanto, ha levantado el vuelo, ha triunfado en distintos campos de las disciplinas sociales: de la filosofía a la sociología, pasando por el derecho.

Son varios los movimientos filosóficos que han abordado, de manera más o menos directa, el concepto de vulnerabilidad. Lo han hecho para construir teorías que, al mismo tiempo, son explicativas sobre las nuevas relaciones de los individuos y la sociedad, y normativas, en el sentido que implican, necesariamente, repensar las características y las modalidades de la acción y del espacio públicos. De las aproximaciones hechas desde las *capabilities* (capacidades) del economista Amartya Sen³ y de la filósofa Martha Nussbaum,⁴ pasando por aquella de *care* expuesta en los Estados Unidos por Carol

³ Cfr. En versión original: Sen, Amartya, *Inequality reexamined*, Oxford, Clarendon Press, 1992; en francés: *Repenser l'égalité*, traducción de P. Chemla, París, Seuil, 2012, 320 p.

⁴ Cfr. NUSBAUM, MARTHA C., *Creating Capabilities, The Human Development Approach*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, 337 p.

Gilligan⁵ o por Joan Tronto⁶ –y desarrollada en Francia principalmente por Sandra Laugier⁷ hasta llegar a la teoría del reconocimiento de Axel Honneth⁸ o al posicionamiento post-estructuralista de Judith Butler,⁹ los filósofos no han escatimado esfuerzos para tomar distancia de la filosofía moral y política encarnada por John Rawls en su famosa *Teoría de la Justicia*.¹⁰ Los tiempos corresponden a los cambios epistemológicos: el “sujeto liberal”, independiente, autónomo, responsable y autosuficiente, no aparece tan potente como lo era antes.

Estas recientes corrientes filosóficas –que se podría aventurar a considerarlas como subversivas, en tanto excluyen la aproximación

⁵ Cfr. GILLIGAN, C., *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

⁶ Cfr. En versión original: TRONTO, JOAN, *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethic of Care*, Nueva York, Routledge, 1993; en francés: *Un monde vulnérable. Pour une politique du Care*, París, La Découverte, 2009, 240 p.

⁷ Cfr. LAUGIER, S., y PAPERMAN, P., *Le souci des autres. Ethique et politique du Care*, París, Editions de l'EHESS, Raisons pratiques, 2006, 348 p. También MOLINIER, P., LAUGIER, S., y PAPERMAN, P. (eds.), *Qu'est-ce que le care ? Souci des autres, sensibilité, responsabilité*, París, Payot et Rivages, 2009, 302 p.

⁸ Cfr. HONNETH, AXEL, *La lutte pour la reconnaissance*, París, Cerf, 2000, 240 p. La versión original en alemán fue publicada en 1992. Emmanuelle Jouannet ha utilizado los trabajos del profesor alemán para pensar y teorizar la existencia de un derecho internacional del reconocimiento. Ver su obra *Qu'est-ce qu'une société internationale juste? Le droit international entre développement et reconnaissance*, París, Pedone, 2011, 306 p.

⁹ Cfr. En edición original: BUTLER, JUDITH, *Excitable speech*, Routledge; en francés: *Le pouvoir des mots. Discours de haine et Politique du performatif*, Traducción de C. Nordmann, París, Editions Amsterdam, 287 p.

¹⁰ Vid., la perspectiva contundente sobre varias de estas teorías en SUPIOT, ALAIN, “L'idée de justice sociale”, en *La Justice sociale saisie par les juges en Europe*, BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE (ed.), París, Pedone, 2013, pp. 5-30. Aprovecha Supiot para presentar su propia idea al considerar: “La cuestión de la justicia no puede limitarse a la distribución de la riqueza producida o al reconocimiento de las identidades precedentes, pues, ello implica que cada uno se da cuenta de lo que es en lo que hace, para forjar su persona en un intento de trabajo. Un orden tiene que ser justo para dar la oportunidad a todos los seres humanos.”

clásica liberal— han terminado por tener una fuerte influencia en Francia. A título de ejemplo, se mencionará el ensayo de la filósofa Fabienne Brugère que propone —principalmente a la izquierda francesa— una política de sostenimiento o apoyo (*soutien*).¹¹ Vinculando todas las aproximaciones filosóficas citadas en los párrafos anteriores,¹² afirma que

[...] l'individu ne tient pas tout seul en société. Une politique de l'individu soucieuse d'égalité, qui vise le bien-être de tous les individus, doit pouvoir organiser des soutiens qui donnent à la fois des capacités et des possibilités d'agir à tout le monde, hors des statuts et des partages, et n'oublent pas les individus les plus vulnérables, ces 'individus négatifs' qui font l'épreuve du manque, de l'exclusion ou de l'invisibilité.¹³

También los sociólogos, por su lado, han transformado los fundamentos de sus análisis tradicionales para poder desmenuzar la

¹¹ Cfr. BRUGÈRE, FABIENNE, *La politique de l'individu*, París, Seuil, 2013, 103 p. Escribe, en efecto: “El individuo representa una formidable oportunidad para que los partidos de izquierda, siempre que sepan definir una política del individuo emancipado, adquirida con el propósito del *Estado de Bienestar*, dirigido hacia la realización individual y colectiva; una sociedad en la que todo el mundo estaría reconocido y tratado como un individuo, pero donde todo el mundo, también, estaría protegido y apoyado en su potencial vulnerabilidad. En otras palabras, es inventar una sociedad de individuos. Para lograr esto, el libro aboga por una política de la persona sobre la base de la *modernidad de apoyo*.” (El énfasis aparece en el texto).

¹² La autora se inspira en varios trabajos de sociología. En ese sentido, su ensayo traza un puente entre las disciplinas (filosofía y sociología) y requiere de decisiones que promuevan una política de nuevo género que considere a los individuos (sus individualidades) sin caer en la trampa del individualismo.

¹³ Brugère, Fabienne, *La politique de l'individu*, *op.cit.*, p.62. “[...] el individuo no se mantiene solo en sociedad. Una política del individuo preocupado por la igualdad, que apunta al bienestar de todos, debe poder organizar los apoyos que, al mismo tiempo, otorgan a todo el mundo las capacidades y las posibilidades de actuar, fuera de estatutos y de particiones; y no olvidan a los individuos más vulnerables, estos ‘individuos negativos’ que constituyen la prueba de carencia, de la exclusión o de la invisibilidad.”

nueva configuración de las relaciones humanas en un mundo inestable. Su aproximación metodológica difiere, lógicamente, de la propuesta por los filósofos. Como bien lo subraya Marie Garrau:

La catégorie de vulnérabilité est en effet devenue prégnante dans le vocabulaire de la sociologie contemporaine. Ses usages sociologiques sont différents de ceux qui prévalent en philosophie pour plusieurs raisons: quand elle est utilisée par les sociologues, la catégorie de vulnérabilité n'est pas utilisée comme une catégorie anthropologique permettant de décrire une structure d'existence commune et universellement partagée; elle est plutôt mobilisée comme une catégorie analytique et critique, permettant de cerner les effets négatifs produits sur les sujets sociaux par certaines formes d'organisation sociale à un moment historique donné. Par conséquent, les vulnérabilités mises en évidence par les sociologues sont des vulnérabilités sociales et historiques, car dépendantes d'une configuration sociale et historique particulière. La catégorie de vulnérabilité n'a donc pas dans leurs travaux la prétention à la généralité qui caractérisent ses usages en philosophie.¹⁴

Las vulnerabilidades desarrolladas por los sociólogos son, en efecto, múltiples, pues cada una de ellas tiene un entorno particu-

¹⁴ GARRAU, MARIE, “Regards croisés sur la vulnérabilité. ‘Anthropologie conjonctive’ et épistémologie du dialogue”, en *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2013, p. 154. “La categoría de vulnerabilidad, en efecto, se ha estado gestando en el vocabulario de la sociología contemporánea. Por muchas razones, los usos sociológicos son diferentes de los que se utilizan en la filosofía: cuando es utilizada por los sociólogos, la categoría de vulnerabilidad no es utilizada como una categoría antropológica que permite describir una estructura de existencia común y universalmente compartida; se usa, sobretudo, como una categoría analítica y crítica, que permite delimitar los efectos negativos producidos por los sujetos sociales, en ciertas formas de organización social y en un determinado momento. Por consecuencia, las vulnerabilidades evidenciadas por los sociólogos son vulnerabilidades sociales e históricas, porque dependen de una configuración social e histórica particulares. Por tanto, la categoría de vulnerabilidad, en los trabajos de los sociólogos, no tiene la pretensión de la generalidad, que caracterizan los usos en la filosofía.”

lar: el trabajo,¹⁵ la migración,¹⁶ la prostitución,¹⁷ etcétera. Si existen múltiples trabajos que nutren el campo de la sociología más allá del Atlántico (al Norte como al Sur del continente americano) y que abordan además múltiples formas de vulnerabilidad (ambientales o industriales, por ejemplo) la sociología francesa llega un poco más tarde y se concentra, específicamente, en las temáticas sociales.¹⁸ Las investigaciones de Robert Castel son emblemáticas, respecto de un importante trabajo que tiene por eje la vulnerabilidad social “à la conjonction de la précarité du travail et de la fragilité du lien social”¹⁹ en donde lo que el llama la “*désaffiliation*” tiene un lugar central. Los trabajos de Serge Paugam,²⁰ como también los de Marc-Henry Soulet, destacan, en el mismo sentido, una aproximación que tiene como hilo conductor las realidades sociales contemporáneas.

La vulnerabilidad ha llegado tarde al campo del derecho. Los estudios pioneros han sido los de la estadounidense Martha Albertson Fineman que cuestionan la “autonomía” de los individuos evolucionados en un ambiente liberal. Según el modelo de las nuevas corrientes filosóficas, ha también introducido el discurso americano clásico sobre la igualdad, partiendo del postulado según el cual cada

¹⁵ Cfr. CASTEL, ROBERT, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, París, Seuil, 2003, 96 p.

¹⁶ Cfr. CAMBREZY, L. y CHARBIT, Y. (eds.), “Dossier spécial: Migrations internationales et vulnérabilités”, en *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 23-nº3, 2007.

¹⁷ Pueden verse los trabajos de MATHIEU, L., “La prostitution, zone de vulnérabilité sociale”, en *Nouvelles questions féministes*, vol. 21, nº2, 2002, pp. 55-75.

¹⁸ Para una presentación de abundamiento sociológico en la materia, *vid.* SYLVIA BECERRA, “Vulnérabilité, risques et environnement: l'itinéraire chaotique d'un paradigme sociologique contemporain”, en *VertigO, La revue électronique en sciences de l'environnement*, vol.12, nº1, mai 2012.

¹⁹ ROBERT CASTEL, “De l'indigence à l'exclusion, la désaffiliation. Précarité du travail et vulnérabilité relationnelle”, en J. DONZELOT (dir.), *Face à l'exclusion. Le modèle français*, París, Editions Esprit, 1991, p. 153.

²⁰ SERGE PAUGAM, *Le lien social*, París, PUF, 2008, 128 p.

ser humano es, por esencia, vulnerable. Se trata, ni más ni menos, de una condición humana universal. Por tanto, esta condición no debe ser comprendida exclusivamente en términos negativos (sufrimiento, herida, etcétera.) sino que debe ser vista también como portadora de acciones positivas, tanto de la parte de los individuos entre sí, como con el Estado. Fineman deduce que esto último debe ser más “reactivo”: es el concepto del *Responsive State* que deja transparentar el alcance normativo de su teoría. Si tal discurso puede parecer relativamente banal en el contexto europeo, —donde el intervencionismo estatal ha sido, y permanece todavía, como el sello de la política del Viejo continente— la propuesta aparece como radical en el universo americano, donde la no-intervención del Estado permanece todavía como un dogma difícil de deshacer. Su artículo sobre el “sujeto vulnerable” (*Vulnerable Subject*),²¹ fue el inicio de numerosas reflexiones y discusiones que desembocarían en una obra colectiva de 2013, —dirigida en colaboración con Ana Grear— donde cada autor analiza, bajo un ángulo particular y bien “*situé*”, la teoría de la vulnerabilidad tal como la propuso M. Fineman.²²

Los juristas,²³ principalmente en el campo del estudio de los derechos humanos, han terminado por considerar la medida de la importancia de este nuevo concepto; aunque los estudios jurídicos se encuentran todavía en estado embrionario (sobre todo si se les compara con los trabajos filosóficos, sociológicos, médicos científicos en la materia). Lo que es cierto, es que los actores u operadores del derecho —y no solamente los representantes del campo académico—, se han apropiado del concepto de vulnerabilidad. Por ejemplo,

²¹ Cfr. M. A. FINEMAN, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, en 20 *Yale J.L. & Feminism*, 9 (2008-2009).

²² Cfr. M. A. FINEMAN, A. GREAR (dirs.), *Vulnerability. Reflections for a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Burlington, Ashgate, 2013, 240 p.

²³ En el universo francófono, principalmente francés, el estudio de Charlotte Denizeau recoge los estudios que se han desarrollado a partir del inicio de la década pasada, sobre la vulnerabilidad.

las diversas contribuciones de esta obra demuestran que los legisladores y los jueces han incorporado este nuevo campo semántico.²⁴ Personas y grupos “vulnerables” han irrumpido en el campo de la protección de los derechos humanos. Los profesionales del derecho han manejado el concepto para entender mejor y comprender situaciones específicas, que lejos de ser inéditas, han aparecido en contextos contemporáneos desvelando nuevas problemáticas.

En este campo jurídico, si el concepto de la vulnerabilidad ha florecido, su conceptualización no ha sido regular. Legisladores y jueces se han contentado (lógicamente respecto de sus funciones respectivas) con utilizarlo, sin más, para enmarcar de mejor manera la acción del Estado. Se asistiría por tanto a un *Vulnerability Turn*²⁵ que, a su vez, permitiría repensar al ser humano, su relación con el Otro y con el mundo que lo rodea y, al mismo tiempo, sentaría la base de un conjunto de nuevas obligaciones impuestas al Estado.

En ese escenario ¿todo sería perfecto?; nada de eso. Si la vulnerabilidad va viento en popa, no significa que no haya sufrido, o sufra, virulentas críticas. En Francia, la obra de la politóloga Hélène Thomas —próxima a un panfleto— da cuenta de la existencia de frecuentes rechazos a esta nueva gramática de la *subjetividad contemporánea*.²⁶ La autora pasa la criba a las ideas de los defensores más emblemáticos de los estudios sobre la vulnerabilidad y rechaza

²⁴ En algunos países, son los legisladores quienes se ubican en el origen de la puesta en órbita del concepto; lo que ha generado, lógicamente, que los jueces intervengan para determinar los límites y las modalidades de la aplicación. Ana Ovejero lo demuestra de maravilla. En una cierta medida, y en otro contexto, el análisis de Edouard Dubout lo demuestra también. En efecto, señala que algunas directivas identifican categorías de personas como “vulnerables”, por ejemplo, los que solicitan asilo.

²⁵ Se utiliza la expresión famosa que consagra el cambio de “paradigma” en el análisis del lenguaje (el *Linguistic Turn*), y recientemente, aquella de *Droit Global* (*Global Turn*). Sobre este último fenómeno, cfr. M. XIFARAS, “Après les Théories Générales de l’Etat: le Droit global?”, en *Jus Politicum*, n° 8, 2012.

²⁶ Cfr. HÉLÈNE THOMAS, *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, 2010, Bellecqbe-en-Bauges, Editions du Croquant, 254 p. (Col. Terra).

su aproximación ligada a la compasión, que discrimina más de lo que une.²⁷ De manera menos comprometida, Marc-Henry Soulet, en el marco de esta obra –representante de la generación de sociólogos que se han inclinado sobre este concepto–, no ha dado cuenta, con objetividad, de las principales dificultades que produce un tal concepto. Entre los “señuelos de la vulnerabilidad”, como él les llama, el jurista está más interesado, principalmente, por el hecho de que se trata de un concepto de “geometría variable” y, sobretodo, que enfrenta el riesgo de una “reducción ontológica”. El peligro de la *esencialización* es mayor y deriva, además –lógicamente hacia la estigmatización–, elementos ya señalados igualmente por Samantha Besson.²⁸ O, si se inclina por la cartografía judicial que se desarrolla de las diversas contribuciones de esta obra, se toma la justa medida de la aproximación basada en categorías y, por tanto, diferenciada del uso de la vulnerabilidad que realizan los jueces. Haciendo justicia a todo tipo de dificultades contemporáneas (socio-económicas y/o familiares, criminales, mafiosas, etcétera,) vividas (por no decir, sufridas) por los seres humanos, enfrentados con sociedades cargadas de inseguridad y, ellas mismas vulnerables, los jueces – pensando en la vulnerabilidad de los migrantes (los que solicitan asilo, principalmente), los mineros, las mujeres, las

²⁷ Hélène ataca violentamente a los sociólogos como Robert Castel y Serge Paugam que ella identifica como los jefes de la línea de la *courant précaire* y les reprocha, precisamente, de enviar a los “frágiles, a los vulnerables, a los inseguros [...] con conmiseración y distancia a su inexistencia social, a la incertidumbre y a la inestabilidad.”, *ibid*, p. 99. No perdona tampoco a Amartya Sen, el economista indio que desarrolla el concepto de las *capabilities*, de las *capacités*.

²⁸ Lourdes Peroni y Alexandra Timmer –quienes no ocultan su atracción por una plataforma de análisis de los derechos humanos, donde la vulnerabilidad juega un rol esencial– están, sin embargo, conscientes de los riesgos inherentes a un uso judicial, no dominado, de la vulnerabilidad aprehendida a través de los “grupos” (*Vulnerable group concept*). Dan cuenta de los riesgos de la esencialización, de estigmatización y de paternalismo. Cfr. “Vulnerable groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law”, en *International Journal of Constitutional Law* (I. Con), vol. 11, n°4, 2013, pp.1056-1085.

comunidades indígenas, las minorías (por ejemplo, los *roms* –gitanos–), los detenidos, las personas con discapacidad, los portadores del sida, etcétera... no apprehenden sino lo específico, lo particular, y con ello reducen al individuo a una sola parte de eso que están resaltando, que son sus debilidades. La vulnerabilidad consubstancial al ser humano, la vulnerabilidad –condición humana universal– señalada por la mayoría de los filósofos y de algunos juristas, como Martha Finnema²⁹ no ha sido propuesta por los jueces. Solamente lo son las vulnerabilidades evidentes. Se podría decir aquí que los jueces actúan según el modelo de los sociólogos: son los testigos del *pathos*; porque ninguna valorización positiva de la vulnerabilidad está concedida a los individuos por la jurisprudencia. Respecto de la relación con el Otro, la relación de los individuos con la sociedad (inherente al concepto de la vulnerabilidad) es siempre negativa. En este sentido, ¿no sería oportuno que los jueces abordaran las situaciones desde lo universal antes que desde lo particular o concreto (recordando lo esencial; esto es, que el ser humano es en sí mismo vulnerable)?³⁰ A partir de ahí, ¿no habría una perspectiva de análisis mejor ubicada para valorizar los contextos de vulnerabilidad, sobre todo respecto de las personas y/o grupos vulnerables?

No sería tanto si los detenidos, las mujeres, las minorías podrían ser calificados de vulnerables, sino los contextos de detención, de la dominación masculina, de la dominación del modelo mayoritario, de la migración (y de otros tránsitos de seres humanos); esos con-

²⁹ Así, Martha Nussbaum desarrolla dos tipos de vulnerabilidades, la vulnerabilidad “constitutiva” (aquella relativa a las capacidades naturales de todo ser humano y que necesita de una intervención política) y las vulnerabilidades segundas (que se manifiestan en una incapacidad de ser y de hacer cuando la intervención política es defectuosa).

³⁰ Samantha Besson considera que sobre la vulnerabilidad-consubstancial al ser humano, la Corte no tiene que justificarse. En contra, sobre las vulnerabilidades particulares, la Corte no ha desarrollado ninguna argumentación, y debería hacerlo.

textos serían el curso para adaptar la situación vivida por ciertas personas, en un momento dado y en un contexto determinado.

Si la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos recuerda frecuentemente, alrededor de una frase, un contexto original (principalmente histórico) de la vulnerabilidad de personas y/o de ciertos grupos, el incidente no es absolutamente suficiente. Por otro lado, la jurisprudencia interamericana, que siempre ha otorgado un lugar central a los contextos (históricos, sociológicos, culturales, etcétera), es mucho más satisfactoria; y debería constituir un aguijón para que el entorno de la vulnerabilidad sea explicado y no apenas visto superficialmente.

Más allá de esta tensión entre ‘vulnerabilidad – consubstancial al ser humano’ y ‘vulnerabilidades particulares de algunas personas y grupos de personas’, hay otra tensión señalada por la jurisprudencia: la cuestión normativa que implica el uso de la vulnerabilidad. El incremento (que parece incontrollable) de las obligaciones positivas reforzadas, de las cuales deben ocuparse los Estados, no se ha desarrollado sin que genere problema. Además está el hecho de que ese incremento se trata de una creación pretoriana, susceptible de producir la ira de los Estados (para utilizar un lenguaje lleno de eufemismo), y que podría volver “vulnerable” a la propia Corte Europea (en detrimento de su legitimación). El diseño, el alcance, la exigibilidad de las obligaciones positivas reforzadas son puntos cruciales y complejos que necesitan una política jurisprudencial consolidada. El objetivo parece evidente : reforzando las obligaciones con carga a los Estados respecto de personas o grupos de personas, los jueces consentirían rectificar la multitud de injusticias sufridas, y de esa manera, se podría llegar a la igualdad substancial.³¹

¿Esto equivale a decir que los conceptos tradicionales para conseguirlo (como aquellos de la discriminación indirecta) no son suficientes, o ya no son suficientes? ¿cual sería el valor agregado

³¹ Sobre la cuestión de la igualdad substancial, el caso de Francia se trata aparte. Al respecto, puede revisarse la comunicación de Charlotte Denizeau.

de la vulnerabilidad ? ¿No se enturbiaría inútilmente el paisaje? Sobre todo, ¿cómo asegurar la aceptabilidad de las obligaciones reforzadas para que el “fardo” o la carga, no sea considerada por las autoridades como desmedida, y las exigencias correspondientes al interés general sean igualmente preservadas y aseguradas? Muchas otras preguntas como estas conviene que se sigan explorando en el futuro.

Se trata pues de las dos tensiones más fuertes (hay evidentemente otras tantas) generadas por el concepto de la vulnerabilidad, que exigen una reflexión profunda para intentar superarlas o, mejor, conciliarlas. Marie Garrau, en su artículo publicado en la *Revue de Sciences Humaines*, apuntaba la necesidad de un diálogo disciplinario entre filósofos y sociólogos, a fin de que pudieran enriquecer sus diferentes aproximaciones metodológicas; el diálogo, desde mi perspectiva, debe expandirse hasta que los juristas encuentren su lugar. Esto necesita de miradas cruzadas y condescendientes unas de otras; de una inmersión de cada uno (situación que, desde luego, no es simple), para que, a fin de cuentas, la vulnerabilidad no sea relegada (fustigada) a la categoría de los conceptos escurridizos; que dejarían únicamente su lugar a lo miserable, a la compasión marcada por la mirada con desdén y desprecio, y a la bien o mal desarrollada estigmatización, donde todos los Diferentes se encuentran una vez más, y entonces, de vuelta a las primeras logias de ostracismo de todo tipo.

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS INTERNACIONALES: UN ESTUDIO COMPARADO

SALVADOR GUERRERO NAVARRO¹

RESUMEN: Las decisiones judiciales de los Tribunales Internacionales son cumplidas porque son obligaciones plenamente vinculantes para los Estados. Cuando lo anterior falla, es necesario recurrir a otros medios para verificar que los Estados cumplan los compromisos contraídos; uno de estos mecanismos es el de ejecución de sentencias. El presente artículo hace un recorrido entre las diferencias y similitudes de la ejecución de sentencias entre distintas instancias internacionales. Del estudio comparado de estas instancias, es posible concluir que los mecanismos jurídicos de ejecución de sentencias se apoyan en órganos políticos para la implementación de las sentencias, pues de lo contrario una sentencia judicial vinculante, pasaría a ser una mera recomendación.

PALABRAS CLAVE: *Ejecución de sentencias, fragmentación del derecho internacional, solución pacífica de controversias, derecho procesal internacional, organizaciones internacionales.*

ABSTRACT: The judicial decisions of International Courts are fulfilled because they are entirely binding obligations for the States. When these obligations are not fulfilled, it is necessary to appeal to different paths on the way to compel the States to materialize their compromises; one of these mechanisms is the execution of judgments. The present article makes a route between differences and similarities of the execution of judgments in various international bodies. Thanks to the comparative study, it is possible to conclude that judicial mechanisms of execution of judgments are supported by political bodies for the judgments implementations, if not, a binding judgment, will be just a mere recommendation.

KEYWORDS: *Execution of judgment, fragmentation of international law, pacific settlement of disputes, procedural aspects of international law, international organizations.*

¹ Licenciado en Derecho por la UNAM. Actualmente cursa la Maestría en Derecho en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la misma universidad.

SUMARIO. I. Fragmentación del Derecho Internacional y la Ejecución de sentencias; II. Corte Internacional de Justicia; III. Organización Mundial del Comercio; IV. Corte Europea de Derechos Humanos; V. Corte Interamericana de Derechos Humanos VI. Reflexiones finales.

I. FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

En la segunda mitad del siglo XX se ha presentado un fenómeno dentro del Derecho Internacional llamado fragmentación su principal causa es la carencia de un órgano legislativo centralizado para la creación de normas, así como la ausencia de un solo foro para la discusión de diversos temas, por lo que ha existido una enorme proliferación de reglas.²

La regionalización y especialización del Derecho Internacional ha traído consigo diversas consecuencias, una de ellas es la aparición de regímenes específicos con principios y límites distintos al llamado “Derecho Internacional General”, por lo que existen diversas divisiones como el Derecho Internacional Ambiental, Comercial o de los Derechos Humanos. Estos subsistemas normativos abordan de manera distinta algunas cuestiones del Derecho Internacional General. Por ejemplo, las consecuencias por trasgredir una norma.³

Cabe destacar que los regímenes no son completamente autónomos, ya que el Derecho Internacional General se relaciona de tres maneras: en la creación del régimen; en su aplicación, primordialmente en la interpretación, y ser aplicado cuando el régimen falle.⁴

² Cfr. Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, Doc. A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, p. 12.

³ Cfr. *Idem*, pp. 76 – 77.

⁴ Cfr. *Idem*, p. 94.

De igual manera la proliferación de normas ha traído consigo múltiples foros para resolver las controversias que se suscitan, sin embargo su coexistencia en el orden jurídico internacional ha causado varias preguntas que perfilan dificultades en su desarrollo. Una de las preocupaciones más importantes es la posibilidad de acudir a varios tribunales respecto a un mismo hecho (*forum shopping*), así como la consecuente diversificación de criterios contradictorios respecto a mismos aspectos o normas.⁵

Esta especie de fragmentación judicial ha alentado nuevamente uno de los debates más antiguos sobre la efectividad del derecho internacional, ya que no existe un órgano centralizado que haga cumplir las normas a través de la fuerza. Sin embargo, a través del establecimiento de un orden jurídico internacional medianamente institucionalizado a partir de las Conferencias de la paz de la Haya y el Tratado de Versalles, y posteriormente con la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas, se ha reforzado la idea de la obligatoriedad no sólo política sino jurídica de las normas que rigen el actuar de los Estados.⁶

Una de las aristas de esta problemática es el diseño institucional y normativo que se ha creado para la implementación de las decisiones emanadas de los órganos de solución de diferencias internacionales, por lo que es necesario recurrir a un “Derecho Procesal Internacional” que estudie la solución pacífica de controversias.⁷

⁵ Cfr. REYES DÍAZ, CARLOS, *Comercio Internacional. Jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales*, México, Porrúa – Facultad de Derecho, UNAM, 2007, p. 126.

⁶ Cfr. ESTRADA ADÁN, GUILLERMO ENRIQUE “Apuntes sobre la protección de los derechos humanos y la diversificación judicial internacional”, en CASTAÑEDA, MARÍA LEOBA y OTERO, MILAGROS (coords.), *Eficacia de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Un reto por resolver*, México, Porrúa, 2014, pp. 61-62.

⁷ Una noción de Derecho Procesal Internacional que estudie a las Cortes y Tribunales Internacionales se encuentra en: LUCAS SOSA, GUALBERTO, “Derecho Internacional Procesal” en FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, ARTURO (Coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo

En particular, respecto a los mecanismos posteriores a la adopción de una decisión judicial podría retomarse el concepto de ejecución.

Al respecto, la ejecución como institución procesal del derecho interno no puede asimilarse de manera idéntica al derecho internacional, ya que esta noción hace referencia a la imposición de las determinaciones de un tribunal de manera forzosa.⁸

Por lo tanto, y al carecer de un órgano centralizado de aplicación del derecho internacional, debe tomarse en consideración que las normas son obligatorias porque los Estados lo pactan y que la buena fe prevalece. En consecuencia la ejecución de sentencias en el derecho internacional podría estudiarse desde la perspectiva de los mismos mecanismos convencionales que los Estados han acordado en el caso de incumplimiento.

Este trabajo es un estudio de derecho comparado sobre la ejecución de sentencias internacionales en cuatro mecanismos de solución de controversias. Su elección sólo es representativa, ya que sería complicado afirmar que existe un orden de relevancia. La Corte Internacional de Justicia fue seleccionada por ser uno de los más antiguos, además su ámbito material no está limitado y ha sido el principal referente para el ejercicio de la jurisdicción internacional.

En cuanto a la Corte Europea de Derechos Humanos, fue el primer sistema regional de protección de derechos humanos. Por su parte, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC ha tenido un enorme desarrollo, y ha destacado por tener un complejo proceso para asegurar el cumplimiento de las decisiones adoptadas. Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un referente a nivel regional, que en su procedimiento ha incorporado la figura de supervisión de sentencias.

X, Tutela judicial y derecho procesal, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 265 – 266.

⁸ Cfr. COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Julio César Faira, p. 358. En el mismo sentido: BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, *Derecho procesal*, Volumen 2, México, Oxford University Press, 2005, p. 1500.

II. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) es uno de los órganos principales de la Organización de Naciones Unidas (ONU)⁹ con sede en La Haya, Países Bajos. Se compone de 15 magistrados nombrados a título personal, de tal forma que no representan a los países de los que son nacionales; sin embargo, no puede haber más de un juez de la misma nacionalidad. Sus jueces son elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad. Para aspirar a ser juez de la CIJ se deben cumplir los mismos requisitos que para tener la función judicial de más alto rango de su país de origen, de igual manera se toma en cuenta la representación de los principales sistemas jurídicos del mundo para la composición de la Corte.¹⁰

Como órgano jurisdiccional tiene dos competencias: la consultiva y la contenciosa. Su competencia consultiva consiste en responder alguna cuestión de Derecho Internacional, que puede ser solicitada por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, así como otros órganos de Naciones Unidas y los organismos especializados. Estos últimos sólo si son autorizados por la Asamblea General y en tanto la opinión verse sobre cuestiones jurídicas que estén dentro de su ámbito de competencia.¹¹

En cuanto a su competencia contenciosa, la CIJ resuelve las controversias que le someten exclusivamente los Estados que sean parte del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Cabe destacar que aquellos Estados parte de la Carta de la ONU son *ipso facto* partes del Estatuto; aunque se puede ser parte del Estatuto sin ser miembro de la ONU en tanto la Asamblea General así lo considere pertinente.¹²

⁹ Cfr. Artículo 92 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas y artículo 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁰ Cfr. Artículos 2, 3, 4 y 9 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹¹ Cfr. Artículo 96 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas.

¹² Cfr. Artículo 93 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas.

Existen dos formas para que la Corte Internacional de Justicia adquiriera jurisdicción. Una posibilidad es que los Estados estén obligados por un tratado a solucionar sus diferencias ante la CIJ y la otra es realizar una declaración, a esta última se le ha denominado adhesión a la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria.¹³

La ejecución de sentencias de la Corte Internacional de Justicia está basada en la buena fe, sustentada en el artículo 94.1 de la Carta de Naciones Unidas, en la cual los miembros se comprometen a cumplir con las decisiones emanadas por ese órgano jurisdiccional en los litigios que sea parte.

En el caso de “*Solicitud de Interpretación de la Sentencia del 31 de marzo de 2004 del Caso Avena y otros nacionales mexicanos*”, la Corte Internacional de Justicia reconoció que el incumplimiento de una sentencia emitida por esa instancia constituye un hecho internacionalmente ilícito, ya que las obligaciones emanadas de esta instancia deben cumplirse de forma incondicional. Sin embargo, al carecer de un mecanismo para supervisar por sí misma el cumplimiento de sus decisiones, la Corte rechazó que a través del procedimiento de interpretación de sentencias pueda reclamarse el incumplimiento de alguna de las partes.¹⁴

En dicho proceso México reclamó el incumplimiento de la sentencia “*Avena y otros nacionales mexicanos*”, debido a que el 5 de agosto de 2008 fue ejecutado José Ernesto Medellín quien fue una de las personas condenadas a pena de muerte que no tuvo un debido proceso, ya que careció de la notificación consular.

En su sentencia de 2004, la Corte Internacional de Justicia ordenó a Estados Unidos reconsiderar las sentencias de varios nacionales mexicanos condenados a muerte por no haberles proporcionado

¹³ Cfr. GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Temas Selectos de Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 522.

¹⁴ Cfr. Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2009, párr. 44.

el derecho a la asistencia consular. De igual manera mandó a reponer aquellos procesos que estuvieren viciados. Luego de ello, el 16 de julio de 2008 la CIJ dictó medidas provisionales con el objeto de que cinco personas no fueran ejecutadas en tanto sus condenas fueran revisadas o reconsideradas.¹⁵

La Corte Suprema de Estados Unidos consideró que los Estados que componen la federación de Estados Unidos no se encontraban directamente obligados por una resolución de la CIJ, ya que la manera en que se incorporó la orden de medidas provisionales al sistema jurídico estadounidense, fue a través de un memorándum del Presidente de los Estados Unidos. Además, argumentó que el mecanismo previsto en el artículo 94 de la Carta de la ONU para cumplir los fallos de la CIJ estaba sujeto a cuestiones políticas.¹⁶

En opinión del Juez Sepúlveda-Amor, la ejecución de José Ernesto Medellín constituyó una violación a la sentencia “*Avena y otros nacionales mexicanos*”, debido a que la revisión o reconsideración del proceso judicial era una obligación de resultado, que su cumplimiento se verifica con una acción específica.¹⁷

Ahora bien, en cuanto al mecanismo contemplado en la Carta de la ONU existe la posibilidad que el Consejo de Seguridad intervenga para dictar medidas o recomendaciones si una de las partes del proceso ante la CIJ se lo solicita.

No obstante, en este mecanismo siempre se encuentra latente que uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad ejerza su derecho de veto. De manera paradigmática se encuentra el caso “*Actividades militares y paramilitares dentro y contra de Nicaragua*”, en el cual la Corte Internacional de Justicia comprobó la responsa-

¹⁵ Cfr. *Idem*, párr. 48 – 50.

¹⁶ Cfr. *Idem*, párr. 24.

¹⁷ Cfr. Dissenting Opinion of Judge Sepúlveda-Amor, en Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2009, párr. 3 – 4.

bilidad internacional de Estados Unidos por violentar el principio de no intervención al apoyar a grupos paramilitares nicaragüenses.

Ante el incumplimiento por parte de Estados Unidos, el Estado de Nicaragua solicitó la intervención del Consejo de Seguridad para que adoptara las medidas necesarias que ayudaran a implementar el fallo de la Corte Internacional de Justicia.

Durante las discusiones en el Consejo de Seguridad, Estados Unidos vetó dos veces una resolución, en la cual se instaba urgentemente a las partes a cumplir cabalmente las obligaciones generadas en la sentencia ya mencionada, así como a que los Estados solucionaran sus disputas a través de medios pacíficos acordes al derecho internacional.¹⁸

Como es posible concluir, el mecanismo de la Carta de la ONU para la ejecución de sentencias de la Corte Internacional de Justicia tiene una fuerte carga política. En él se encuentra latente el incumplimiento por parte de Estados que no tengan la voluntad de hacerlo y tengan influencia en el Consejo de Seguridad. En este sentido para Malcom Shaw, las sentencias de la CIJ suelen tener un enorme impacto político, por lo que su efectividad no siempre está en el plano jurídico.¹⁹

III. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

La Organización Mundial del Comercio (OMC) es una organización internacional creada en 1994 por medio del Acuerdo de Marrakech, que dio por finalizada la Ronda de Uruguay. Su antecedente es el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT por sus siglas en inglés), firmado en 1947 con el propósito de eliminar

¹⁸ *Cfr.* Security Council, Repertoire of the Practice of the Security Council (1985 – 1988), p. 126.

¹⁹ *Cfr.* SHAW, MALCOM N., *op. cit.* p. 997.

los aranceles y así poder reconstruir de forma más eficaz a los países devastados por la Segunda Guerra Mundial.²⁰

Con el GATT de 1947, las disputas eran resueltas por mecanismos diplomáticos. Desde 1952 se empezaron a conformar paneles de expertos, sin embargo no existían reglas de procedimiento, por lo que en muchas ocasiones actuaban a manera de mediadores. Hasta 1979 fueron adoptadas las reglas de solución de controversias, llamadas “*Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*”, en el cual se desarrollaron las prácticas de los Estados y de los grupos de expertos. Sin embargo la eficacia del cumplimiento de las resoluciones de estos grupos dependía de la aceptación de los Estados, por lo que era frecuente que una de las partes en la controversia bloqueara la adopción del reporte.²¹

En 1994, al terminar la Ronda Uruguay, se reformó el mecanismo de solución de controversias, regulado en el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, o también conocido como Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD).

El ESD establece el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), que es un órgano colegiado, integrado por los Estados parte de cada tratado suscrito en el ámbito de la OMC.²² Este es el órgano de mayor jerarquía, por lo que sus decisiones son plenamente vinculantes para los Estados parte. El modelo que surgió de la Ronda Uruguay, permite que las decisiones sean en consenso negativo, es decir, que la decisión que adopten, derivado de un análisis del grupo especial o del órgano de apelación, sólo se niegue en caso de que todos los miembros del OSD estén en desacuerdo.²³

²⁰ Cfr. VAN DEN BOSSCHE, PETER, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Second edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 78.

²¹ Cfr. GRANDO, MICHELLE T., *Evidence, Proof, and Fact-Finding in WTO Dispute Settlement*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 23.

²² Artículo 2 del ESD.

²³ Cfr. VAN DEN BOSSCHE, PETER, *op. cit.*, p. 170.

Ante una controversia, una de las partes debe anunciar su intención de iniciar consultas, es decir, un procedimiento conciliatorio. Estas reuniones son privadas, y deben realizarse en un plazo de 30 días a partir de la notificación. En caso de no contestar o no llegar a un acuerdo en los 60 días siguientes a la celebración de las consultas puede pedirse el establecimiento de un grupo especial.²⁴ Las consultas son un requisito previo y necesario para iniciar el procedimiento ante el grupo especial.²⁵

Los grupos especiales tienen como finalidad realizar recomendaciones sobre una cuestión que le sea sometida a modo de un arbitraje; de tal manera que establecen un método de trabajo en que las partes esgrimen sus argumentos en una etapa escrita y en otra oral. Están integrados por tres expertos en la materia, que son seleccionados de listas enviadas por los Estados al OSD.²⁶

Cualquiera de las partes en controversia puede apelar la decisión ante el Órgano de Apelación, integrado por siete personas elegidas por el OSD. Sus miembros permanecen en su puesto por un periodo de cuatro años, con la posibilidad de una reelección.²⁷ Es un órgano permanente que tiene funciones semejantes a las de un tribunal.

El mandato del Órgano de Apelación, de acuerdo al artículo 17.7 del ESD es muy estricto al indicar que sólo podrán abordarse cuestiones de derecho tratadas en el informe previo del grupo especial y respecto a interpretaciones jurídicas que haya formulado.

Luego del examen del Órgano de Apelación, éste rendirá un informe ante el OSD, que será adoptado salvo que todos los integrantes estén en contra de la decisión tomada por el Órgano de Apelación. Una vez adoptada, las decisiones tienen un carácter

²⁴ Cfr. Artículo 4.3, 4.6 y 4.7 del ESD.

²⁵ Cfr. Órgano de Apelación, México - Investigación antidumping sobre el jabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, 22 de octubre de 2001, párr. 58.

²⁶ Cfr. Artículos 7, 8, 11 y 12 del ESD.

²⁷ Cfr. Artículo 17 del ESD.

vinculante y deben ser cumplidas de buena fe. El ESD establece que las partes deben aceptarlas “*sin condiciones*”.²⁸ En el mismo sentido, el artículo 21.1 del ESD establece que el cumplimiento de las resoluciones del OSD redunda en el beneficio de todos los Estados miembros.

Si el Grupo Especial o el Órgano de Apelación concluye que la medida adoptada por alguno de los Estados es incompatible con un acuerdo de la OMC, el Estado deberá modificarla de tal manera que se ajuste a sus obligaciones. De igual manera, podrán emitir recomendaciones de cómo implementar esa decisión.²⁹

Después del fallo, el Estado deberá comunicar al OSD su intención de dar cumplimiento a los informes, y que de no ser inmediata se le otorgará un plazo prudencial (“*reasonable period of time*”, o “*délai raisonnable*”). Para fijar este plazo existen tres posibilidades, que el mismo Estado lo fije con la aprobación del OSD, que se acuerde entre las partes dentro de los 45 días siguientes a la adopción del informe; o que lo determine un árbitro.

Respecto al último supuesto, el arbitraje para definir el plazo prudencial deberá resolverse dentro de los 90 días siguientes a la fecha de adopción del informe. A manera de directriz, el plazo prudencial no deberá exceder los 15 meses, sin embargo puede ajustarse de acuerdo a cada caso. En cada reunión del OSD, el Estado afectado podrá presentar los avances del cumplimiento de los informes.

Una vez vencido el plazo prudencial, y si persiste la controversia sobre si se han adoptado las medidas necesarias para cumplir con las recomendaciones realizadas o si dichas medidas han sido tendientes a ser compatibles con los acuerdos abarcados, se someterá

²⁸ Artículo 17.14 del ESD, que a la letra dice: “Los informes del Órgano de Apelación serán adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el informe del Órgano de Apelación en un plazo de 30 días contados a partir de su distribución a los Miembros.”

²⁹ Cfr. Artículo 19.1 del ESD.

al grupo especial que haya conocido de la controversia para disipar las diferencias.³⁰

Ahora bien, el artículo 22 del ESD detalla el procedimiento para otorgar una compensación o suspender concesiones. En primer lugar las partes deben acordar un monto para la compensación, sin embargo ésta es voluntaria por lo que en la práctica es poco común.³¹

En caso de no llegar a un acuerdo, 20 días después de vencido el plazo prudencial, el Estado lesionado podrá suspender concesiones con la autorización del OSD. Dicha suspensión no tiene un carácter punitivo, por lo que no puede ser considerada como una medida de reparación,³² sino que debe ser equivalente al nivel de menoscabo o anulación.

Los principios bajo los que se rige la suspensión de concesiones, contenidos en el artículo 22.3 del ESD son:

- a) el principio general es que la parte reclamante deberá tratar primeramente de suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores) en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo;
- b) si la parte considera impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores), podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores en el marco del mismo acuerdo;

³⁰ Cfr. Artículo 21 del ESD.

³¹ Cfr. WOLFRUM, RÜDIGER, *et al.* (eds.), *WTO Institutions and Dispute Settlement*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law-Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, p. 526.

³² Cfr. *Idem*, p. 527: “such suspension certainly does not entail the idea of the meaning full reparation injury as is e. g. see out in Chapter 2 of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts as adopted by the International Law Commission in 2001”.

c) si la parte considera que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado

Si el Estado afectado con la suspensión de concesiones no estuviere de acuerdo con la aplicación de los principios descritos, podrá solicitar el establecimiento del grupo especial que conoció el caso o un arbitraje para reclamar el apego de las contramedidas a éstos principios.³³

Uno de los casos paradigmáticos ha sido la controversia “*Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de bananos*”. El asunto versa sobre la incompatibilidad de la legislación europea respecto al comercio de bananos, principalmente por las restricciones arancelarias, cupos y licencias solicitadas por las Comunidades Europeas. El caso fue resuelto por un Grupo Especial, y posteriormente analizado por el Órgano de Apelación que constató la incompatibilidad de las medidas con los acuerdos de la OMC.³⁴

Un árbitro dio de plazo prudencial 15 meses y una semana para cumplir con el informe. Luego de vencido el plazo, y ante un informe del Grupo Especial que constató el incumplimiento de las Comunidades Europeas, Ecuador solicitó la suspensión de beneficios en materia de propiedad intelectual por considerar que las medidas que impedían el comercio de banano le causaban un daño.

El panel arbitral autorizó a Ecuador la nulidad de concesiones por un monto de 201,6 millones de dólares por año. En caso de que las medidas adoptadas por las Comunidades Europeas para cumplir con el fallo del OSD no fueran suficientes, el arbitraje estipuló que Ecuador podía suspender las obligaciones en materia de propiedad intelectual, específicamente en fonogramas, y dibujos y modelos

³³ Cfr. Artículos 22.6 y 22.7 del ESD.

³⁴ Cfr. Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, 9 de septiembre de 1997.

industriales.³⁵ El 30 de abril de 2001 fue firmado el “*Entendimiento sobre el banano entre las CE y el Ecuador*”, que estableció un régimen de importación de bananas acorde con los acuerdos de la OMC, y que finalizó con la controversia.³⁶

IV. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante también llamada Corte Europea) fue establecida por medio del Convenio para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, también conocido como el Convenio de Roma, o Convenio Europeo, suscrito el 4 de noviembre de 1950 en el seno del Consejo de Europa.

En su creación, el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos estaba integrado por la Comisión Europea de Derechos Humanos, y la Corte Europea. La Comisión Europea era la encargada de examinar los casos que le eran sometidos por los individuos, decidía la admisibilidad de la petición, y llamaba a las partes a una solución amistosa. Si no era posible llegar a un acuerdo y luego de estudiar las pruebas vertidas por las partes, era emitida una recomendación no vinculante al Estado que hubiere violentado el Convenio Europeo.³⁷

En caso de no cumplir con las recomendaciones, la resolución era remitida al Comité de Ministros, pero en caso de que el Estado hubiera aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Europea, éste podía ser turnado a esa instancia jurisdiccional.

³⁵ Cfr. Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, 24 de marzo de 2000, párr. 173.

³⁶ Cfr. Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Notificación de una solución mutuamente convenida, 2 de julio de 2001.

³⁷ Cfr. FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, *op. cit.*, p. 221.

Uno de los avances procesales más importantes del Sistema Europeo de derechos humanos, previo a dotar de pleno *ius standi* al individuo, fue el Protocolo 9, en el cual se facultó a la víctima para interponer su caso ante la Corte Europea, sólo si la Comisión emitía una recomendación conforme al procedimiento descrito. Para acceder al tribunal, pasaba por un examen de cinco jueces y así comenzaba la fase jurisdiccional.³⁸

Luego de la entrada en vigor del Protocolo 11, el 1 de noviembre de 1998, se eliminó a la Comisión Europea, por lo que el individuo ha podido acceder directamente a la jurisdicción de la Corte Europea.³⁹ Este cambio tenía la finalidad de alcanzar una mayor efectividad del Sistema Europeo, ya que daba mayor visibilidad de la función de la Corte Europea por tener un fácil acceso y simplificar el proceso.⁴⁰

Sin embargo, debido a la gran cantidad de casos recibidos, fue implementado el Protocolo 14, el cual establece un sistema de instancias para dar celeridad al trabajo de la Corte Europea. En primer lugar, la demanda es analizada por un Juez único, que sólo verificará la admisibilidad. En caso de ser admisible, o que el Juez único no se haya pronunciado al respecto, el asunto es remitido a un Comité conformado por tres jueces. Sólo en caso de que exista jurisprudencia constante de la Corte Europea, el Comité podrá decidir el fondo.⁴¹

De no existir jurisprudencia constante, el caso es remitido a una Sala, conformada de 7 jueces. Esta instancia resolverá el fondo de

³⁸ Cfr. "Annual Report 2010 of the European Court of Human Rights, Council of Europe", p.12.

³⁹ Cfr. VILLÁN DURÁN, CARLOS, *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, p. 536.

⁴⁰ Cfr. Explanatory report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms amending the control system of the Convention Adopted by the CDDH on 7 April 2004, párr. 5.

⁴¹ Cfr. Artículos 27 y 28 del Convenio Europeo.

la controversia. Para casos graves en los que se requiera una interpretación de la Convención, o si la decisión entraña el cambio del sentido de la jurisprudencia del Tribunal, la Sala debe declinar su competencia a la Gran Sala.

Además, las partes en un litigio que haya resuelto la Sala, pueden apelar la decisión dentro de los tres meses siguientes ante la Gran Sala, que está integrada por 17 jueces. Para que la apelación proceda, el caso es examinado por cinco magistrados que determinarán si se somete al examen de la Gran Sala. El fallo emitido por la Gran Sala es definitivo e inapelable.⁴²

Conforme el artículo 33 del Convenio Europeo, también existe la posibilidad de interponer demandas interestatales. En dicho proceso cualquier Estado parte puede demandar a otro por el incumplimiento del Convenio. Sin embargo, es poco común este tipo de asuntos.⁴³ A nivel procedimental las demandas interestatales son turnadas directamente a una Sala.⁴⁴

El órgano encargado de ejecutar las sentencias de la Corte Europea es el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Este órgano está compuesto por los ministros de relaciones exteriores de todos los Estados parte del Consejo de Europa.⁴⁵

El procedimiento para la ejecución de sentencias sigue el carácter subsidiario de la Convención Europea, por lo que es responsabilidad del Estado, en primer término, acatar las disposiciones convencionales; lo que incluye cumplir con las resoluciones de la Corte Europea.⁴⁶ Esto significa que el Sistema Europeo de protección de

⁴² Cfr. Artículos 30, 43 y 44 del Convenio Europeo.

⁴³ Cfr. "Annual Report 2010 of the European Court of Human Rights, Council of Europe", p. 11.

⁴⁴ Cfr. Artículos 29.2 y 30 del Convenio Europeo.

⁴⁵ Cfr. Artículo 14 del Estatuto del Consejo de Europa.

⁴⁶ Cfr. Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution Res (2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem (*adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session*), párr. 4.

Derechos Humanos establece que las resoluciones del Tribunal deben cumplirse de buena fe y que sólo en casos excepcionales se utiliza la maquinaria institucional que ofrece el Convenio Europeo.⁴⁷

Los poderes conferidos al Comité de Ministros surgen de los artículos 39.4 y 46 del Convenio Europeo; el primero refiere las soluciones amistosas, y el segundo las sentencias definitivas. En ambos casos, el Comité de Ministros debe tomar todas las medidas necesarias para asegurar que la sentencia sea ejecutada.

A partir de la entrada en vigor del Protocolo 14, se dotó al Comité de Ministros de dos facultades nuevas: solicitar la interpretación de la sentencia y el iniciar un proceso de infracción (*infringement proceedings*).⁴⁸

En caso de que el Consejo de Ministros considere que la sentencia no puede ejecutarse por un problema de interpretación, por el voto de dos tercios puede solicitar a la Corte una interpretación del fallo. De conformidad con el Reglamento de la Corte Europea, el asunto es turnado a la sección que lo resolvió, y este pronunciamiento será definitivo.⁴⁹ Dicho cambio corresponde a la experiencia del Comité de Ministros sobre los desacuerdos que puede haber con el Estado, respecto al sentido de la sentencia.⁵⁰

Respecto al proceso de infracción, por el voto de dos tercios, el Comité de Ministros puede solicitar a la Corte Europea que declare

⁴⁷ “[...]securing rights and freedoms is primarily the responsibility of the Parties; the Court’s role is subsidiary” Explanatory report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms amending the control system of the Convention Adopted by the CDDH on 7 April 2004, párr. 12.

⁴⁸ *Cfr.* Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights – DG-HL, *Entry into force of Protocol No. 14: consequences for the supervision of the execution of judgments of the European Court by the Committee of Ministers*, DGHL – Exec/Inf (2010)1, 18 May 2010, párr. 10.

⁴⁹ Regla 93 del Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos.

⁵⁰ *Cfr.* Explanatory report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms amending the control system of the Convention Adopted by the CDDH on 7 April 2004, párr. 96.

el incumplimiento de una sentencia. Esto no se traduce en la reapertura del proceso, ni faculta a la Corte Europea a dictar nuevas medidas de reparación, ni permite exigir un concepto de mora respecto a las indemnizaciones. Lo único que busca este procedimiento es agregar presión política a los Estados que no cumplan las resoluciones, ya que la credibilidad y arraigo vinculante de las sentencias de la Corte Europea es un pilar fundamental para la efectividad del sistema.⁵¹

Antes de estas reformas se especulaba la posibilidad de que el Comité de Ministros utilizara sus facultades para suspender⁵² del Consejo de Europa al Estado que no hubiere cumplido con una sentencia de la Corte Europea, o incluso expulsar de la organización a ese país. Sin embargo, estas medidas resultarían contraproducentes para la protección de los derechos humanos, al dejar desprovisto de justicia internacional a otras víctimas. Por lo tanto, el procedimiento de infracción al ser una medida excepcional los Estados tienen otro incentivo para cumplir, que es el peso moral de que la Corte declare su falta.⁵³

Como ya fue señalado, la labor de la Corte Europea se incrementó de forma considerable a partir de 1999, año en que entró en vigor el Protocolo 11 del Convenio Europeo y se le otorgó al individuo pleno *ius standi* ante el Tribunal. En 1999 recibió 8,400 demandas; en tanto que para el año 2012 fueron interpuestas 65,200 demandas contra los Estados Parte de la Convención Europea.⁵⁴

⁵¹ Cfr. *Idem*, párrs. 98 y 99.

⁵² La suspensión de derechos en el Consejo de Europa es la negación de la representación de un Estado parte en el Consejo de Ministros para deliberación. Su fundamento de encuentra en el artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa.

⁵³ Cfr. Explanatory report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms amending the control system of the Convention Adopted by the CDDH on 7 April 2004, párr. 100.

⁵⁴ Cfr. European Court of Human Rights, Council of Europe. Annual Report 2012, p. 154.

Su sistema de instancias ha permitido resolver con mayor celeridad los asuntos sometidos a su jurisdicción, ya que establece un mejor filtro en la admisibilidad, e identifica casos repetitivos.⁵⁵ En 2013 los jueces únicos declararon inadmisibles alrededor de 80,500 casos; 206 casos fueron resueltos por Comités; 861 sentencias fueron emitidas por las Salas; y 13 sentencias por la Gran Sala, en contraste con las 26 que resolvió esta instancia en 2012.⁵⁶

Como puede observarse, existen dos tipos de casos, los paradigmáticos (llamados *pilot/leading judgments*), y los repetitivos. Los casos paradigmáticos son aquellos que revelan un problema estructural y que requieren la adopción de medidas generales que ayuden a resolver litigios similares.⁵⁷ Sobre este punto las estadísticas han auxiliado a identificar las causas de este tipo de casos y por lo tanto determinar el origen de las violaciones. La repetición de ciertos asuntos es fundamental para entender si hay una violación sistemática, estructural o endémica. En este tenor se han documentado unos 3,000 casos que conllevan este tipo de problemática.⁵⁸

Derivado de lo anterior, el Comité de Ministros ha puesto su esfuerzo en identificar los casos paradigmáticos, así como las fallas estructurales y las problemáticas más complejas.⁵⁹ A partir de la Re-

⁵⁵ Cfr. Declaration of the Committee of Ministers: Ensuring the effectiveness of the implementation of the European Convention on Human Rights at national and European levels (12 May 2004), Adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004 at its 114th session, párr. 12.

⁵⁶ Cfr. European Court of Human Rights, Council of Europe. Annual Report 2013, p. 61.

⁵⁷ Cfr. Council of Europe, Committee of Ministers, *Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights*, Annual report, 2011, p. 31. En el mismo sentido, European Court of Human Rights, *The Pilot-Judgment Procedure*, Information note issued by the Registrar, párr. 1.

⁵⁸ Cfr. European Court of Human Rights, Council of Europe. Annual Report 2012, p. 34.

⁵⁹ Cfr. Council of Europe, Committee of Ministers, *Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights*, Annual report, 2011, párr. 19.

solución “Res (2004)4”, el Consejo de Ministros ha exhortado a la Corte Europea a identificar los problemas sistemáticos, sus causas y las posibles soluciones.⁶⁰

De igual manera, la Corte Europea ha implementado algunas medidas para atender casos con fallas estructurales, por lo que ha instituido un procedimiento *ad hoc* llamado “*Pilot-Judgment Procedure*”. En él se selecciona uno o varios casos para ser tramitados de manera prioritaria de tal manera que su solución pueda extenderse a otros asuntos similares.⁶¹

Los demás casos relacionados que son ingresados en la Corte Europea se suspenden, en tanto se resuelva el caso paradigmático. Con ello se busca que las autoridades nacionales encuentren un remedio y pueda darle respuesta a las demás víctimas sin pasar por un proceso jurisdiccional.⁶²

En el caso paradigmático, la Corte Europea debe poner énfasis en: determinar las violaciones en el caso particular, identificar el problema que origina la violación en el derecho nacional, dar indicaciones claras de cómo remediar el problema y persuadir al gobierno de crear una solución en el derecho nacional que pueda dar respuesta a todos los casos similares, incluidos los que han ingresado a la Corte Europea.⁶³

El primer *pilot judgment* fue el caso “*Broniowski V. Polonia*”. Dicho asunto versa sobre la falta de indemnización a los propietarios de la “*Bug River*”, un territorio en la frontera con Ucrania. Debido a la Segunda Guerra Mundial, fueron repatriados varios nacionales po-

⁶⁰ Cfr. Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem (*adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session*), resolutive I.

⁶¹ Cfr. European Court of Human Rights, *The Pilot-Judgment Procedure*, Information note issued by the Registrar, párr. 2.

⁶² Cfr. *Idem*, párr. 5.

⁶³ Cfr. *Idem*, párr. 3.

lacos de esa franja y despojados de sus propiedades. En este caso la Corte Europea identificó la existencia de un problema sistemático, ya que el derecho interno no ofrecía soluciones a aquellas personas que habían sido indemnizadas en parte. El problema sistemático fue la legislación y la práctica de las autoridades administrativas para impedir el disfrute de los bienes de la víctima, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo.⁶⁴

El Tribunal identificó a unas 80,000 personas en la misma situación, y 167 denuncias pendientes de resolver en el Sistema Europeo. La Corte Europea recalcó que no le corresponde determinar cuáles son las medidas adecuadas para ejecutar la sentencia, sino que de conformidad con el principio de subsidiariedad, el Estado es quien debe establecer los medios idóneos para reparar las violaciones de derechos humanos.⁶⁵

Sin embargo, la Corte Europea estableció los mínimos necesarios para la adopción de medidas, consistente en eliminar todos los obstáculos que impidan el ejercicio del derecho conculcado, adoptar medidas legislativas y administrativas que respeten el derecho a la propiedad conforme al Convenio Europeo, y principalmente que consideren los principios en materia de compensación conforme lo establece la Corte Europea en esa sentencia.⁶⁶

Luego de la adopción de la sentencia, el caso fue resuelto a través de una solución amistosa, en la que Polonia se obligó a adoptar medidas generales para remediar el problema sistemático.⁶⁷ Para lograr

⁶⁴ En el caso Broniowski la Corte Europea funda su análisis de fallas sistemáticas en la Resolución Res(2004)3 del Comité de Ministros, ya que dicha sentencia fue emitida en 2005, antes de entrar en vigor el Protocolo 14. European Court of Human Rights, Broniowski V. Poland (*Application no. 31443/96*), Judgment of 22 June 2004, para. 190.

⁶⁵ Cfr. European Court of Human Rights, Broniowski V. Poland (*Application no. 31443/96*), Judgment of 22 June 2004, para. 193.

⁶⁶ Cfr. *Idem*, para. 194.

⁶⁷ Cfr. European Court of Human Rights, Case of Broniowski V. Poland (*Application no. 31443/96*), Judgment (Friendly settlement), 28 September 2005, p. 14.

esta solución amistosa, el gobierno polaco solicitó auxilio de la Corte Europea, por lo que se envió una misión de dos funcionarios de la Secretaría de la Corte para servir como mediadores y lograr un acuerdo.⁶⁸

Tan sólo en 2011 ingresaron a la etapa de supervisión de sentencias 1,606 casos, de los cuales 252 fueron casos paradigmáticos, y los restantes 1,354 fueron casos repetidos.⁶⁹

Cuando le es notificada una sentencia, el Comité de Ministros identifica dos tipos de medidas. En primer lugar, verifica que la víctima sea indemnizada conforme lo dicte la Corte Europea. En segundo lugar, si el caso lo requiere, puede impulsar medidas individuales y colectivas; tomando en consideración las vías que el Estado elija para el cumplimiento de la sentencia.⁷⁰

Cabe mencionar que el artículo 41 del Convenio Europeo sólo establece que puede otorgarse una “satisfacción equitativa” a la víctima, por lo que la Corte Europea se ha limitado a dictar indemnizaciones. No obstante, la Corte Europea ha interpretado el artículo 41 con el 46 del Convenio Europeo para remediar la situación a través de otras formas de reparación como la *restitutio in integrum*. Como lo resalta el Juez Zupančič, esta evolución atiende a la interrelación entre el derecho

⁶⁸ Cfr. STYCZÉN, PIOTR, *Round-Table: “Property Restitution/Compensation: General Measures to Comply with the European Court’s Judgments”*, Council of Europe, Bucharest, February 17, 2011, p. 3.

⁶⁹ Cfr. Council of Europe, Committee of Ministers, *Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, Annual report, 2011*, párr. 19, p. 35.

⁷⁰ Cfr. Regla 6.2.b., Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements: “if required, and taking in to account the discretion of the High Contracting Party concerned to choose the means necessary to comply with the judgment, whether:

i. individual measures have been taken to ensure that the violation has ceased and that the injured party is put, as far as possible, in the same situation as that party enjoyed prior to the violation of the Convention;

ii. general measures have been adopted, preventing new violations similar to that or those found or putting an end to continuing violations.

violado y el remedio, por lo que la sola entrega de una indemnización haría absurda la protección otorgada por la Corte Europea.⁷¹

Para ejecutar las sentencias de la Corte Europea, el Comité de Ministros tiene dos modalidades, la prioritaria y la estándar (*twin-track supervision system*). Por una parte está la ejecución prioritaria (*enhanced supervision*), en la que el Comité de Ministros sigue con mayor detenimiento las medidas que tome cada Estado para ejecutar una sentencia; lo que puede incluir: asistencia para la elaboración de un plan de acción, asistencia de expertos para la ejecución de ciertas medidas, o la elaboración de programas de cooperación para casos complejos.⁷²

Los casos que ingresan al sistema de ejecución prioritaria son los casos que requieran medidas urgentes, casos paradigmáticos, sentencias en las que se adviertan problemas estructurales o complejos, y demandas interestatales.⁷³

Por otra parte se encuentra la supervisión estándar. En ella el Estado debe presentar un plan de acción en un plazo no mayor a seis meses a partir de la emisión de la sentencia de la Corte Europea. El Comité de Ministros sólo verificará que se cumpla el plan de acción presentado.⁷⁴

En este orden de ideas, el Comité de Ministros ha identificado diversas problemáticas comunes en los Estados del Consejo de Eu-

⁷¹ Cfr. European Court of Human Rights, Broniowski V. Poland (*Application no. 31443/96*), Judgment of 22 June 2004 – Concurring Opinion of Judge Zupančič, pp. 75–76.

⁷² Cfr. Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, *Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system*, Doc.CM/Inf/DH(2010)37, 6 September 2010, p. 5.

⁷³ Cfr. Council of Europe, Committee of Ministers, *Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, Annual report*, 2012, p. 25.

⁷⁴ Cfr. Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, *Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system*, Doc.CM/Inf/DH(2010)37, 6 September 2010, p. 3.

ropa, derivado de los casos resueltos por la Corte Europea. Por ello ha emitido diversas recomendaciones generales, en las que destaca el llamamiento para asegurar la tutela judicial. En estos documentos exhortan a los gobiernos a tomar las medidas necesarias para implementar mecanismos judiciales efectivos,⁷⁵ facilitar la ejecución rápida de las sentencias,⁷⁶ y evitar la demora judicial.⁷⁷

Cabe resaltar, que en torno al cumplimiento de sentencias de la Corte Europea, en 2008 fue instituido el Fondo Fiduciario de Derechos Humanos (The Human Rights Trust Fund), que tiene como propósito implementar la Convención Europea a nivel local, así como fortalecer a la Corte Europea. Como parte de sus objetivos específicos se encuentra la ejecución de los fallos de la Corte Europea, lo que incluye la capacitación de funcionarios públicos y otras medidas legislativas o estructurales para eliminar las barreras que impiden la ejecución de sentencias en el derecho interno.⁷⁸

En el contexto de la caída de los regímenes comunistas en Europa del Este, muchos de los Estados parte del Convenio Europeo han empezado a restituir o indemnizar a aquellas personas a las que les fueron nacionalizados sus bienes; sin embargo, han tenido distintas dificultades para conciliar los intereses privados y los públicos, y

⁷⁵ *Cfr.* Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation Rec (2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session).

⁷⁶ *Cfr.* Recommendation CM/Rec(2008)2 of the Committee of Ministers to member states on efficient domestic capacity for rapid execution of judgments of the European Court of Human Rights (Adopted by the Committee of Ministers on 6 February 2008 at the 1017th meeting of the Ministers' Deputies).

⁷⁷ *Cfr.* Recommendation CM/Rec (2010)3 of the Committee of Ministers to member states on effective remedies for excessive length of proceedings (Adopted by the Committee of Ministers on 24 February 2010 at the 1077th meeting of the Ministers' Deputies).

⁷⁸ *Cfr.* Agreement Establishing The Human Rights Trust Fund between The Ministry of Foreign Affairs of Norway as founding contributor, the Council of Europe and the Council of Europe Development Bank, p. 5.

problemas para implementar mecanismos adecuados para que los afectados obtengan los beneficios. Derivado de este contexto, la Corte Europea ha resuelto diversos casos, en los que ha identificado los problemas estructurales para hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en la Convención Europea, principalmente los derechos de propiedad y acceso a la justicia.⁷⁹

Bajo estas problemáticas, el Fondo Fiduciario de Derechos Humanos ha implementado el proyecto llamado “*Removing the obstacles to the non-enforcement of domestic court judgments/ensuring an effective implementation of domestic court judgments*”. Los Estados que han sido seleccionados para ser beneficiados por este programa han sido Albania, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Moldavia, Serbia y Ucrania.⁸⁰ A la fecha, el Fondo ha permitido realizar misiones bilaterales entre los países auspiciados por el Programa y el Consejo de Ministros; así como la realización de un plan de acción para la ejecución de este tipo de casos derivado de consultas con expertos.⁸¹

V. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos, que se encarga de aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como otros tratados que le otorguen competencia.⁸²

⁷⁹ Cfr. Council of Europe, *Round table: “Property Restitution/Compensation: General measures to comply with the European Court’s Judgments, Conclusions”*, 17 February 2011, p. 1.

⁸⁰ Cfr. Council of Europe, Committee of Ministers, *Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, Annual report*, 2012, p. 37.

⁸¹ Cfr. Memorandum prepared by the Department for the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, *Cases concerning the non-enforcement in Albania of final domestic decisions relating to the right of applicants to restitution or compensation for property nationalised under the communist regime*: CM/Inf/DH(2011)36, párr. 4.

⁸² Cfr. Artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado mediante Resolución No. 448 adoptada por la Asamblea General

Su sede se encuentra en la ciudad de San José, Costa Rica⁸³ y sus funciones y estructura están basadas en la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos⁸⁴ y al igual que ellas su competencia se divide en consultiva y contenciosa.

Por lo que respecta a la competencia consultiva, consiste en que la Corte emita una opinión sobre cualquier asunto relacionado con la interpretación de un tratado concerniente a la protección de derechos humanos. Los facultados para accionar la competencia consultiva son los Estados miembros de la OEA, y los órganos principales de la OEA.⁸⁵ De la misma manera, el artículo 64.2 de la Convención Americana contempla la posibilidad de que un Estado consulte ante la Corte la compatibilidad de una ley interna con la Convención Americana.

Por otra parte, la competencia contenciosa es aquella en que se resuelve una controversia.⁸⁶ Cabe señalar que para otorgarle jurisdicción a la Corte es necesario que el mismo Estado realice una declaración expresa para aceptar su competencia contenciosa. La

de la OEA en su noveno periodo de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979. En el mismo sentido, Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 22.

⁸³ Cfr. Artículo 3 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁸⁴ Cfr. PAOLO CAROZZA, "Presentation" en *Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2009*, p. 48.

⁸⁵ Cfr. Artículo 64 de la Convención Americana.

⁸⁶ La Corte Internacional de Justicia, basada en la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, define controversia como: "*a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between parties*". Certain Property (Liechtenstein v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005, párr. 29.

declaración de competencia puede ser por tiempo indeterminado, determinado, para caso en específico o con reserva de reciprocidad.⁸⁷

Respecto a la función contenciosa, existen dos vías: las quejas interestatales y las peticiones individuales. El sistema de peticiones individuales puede iniciarlo una persona, grupo de personas o una organización no gubernamental reconocida en un Estado miembro de la OEA.⁸⁸ La petición es presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o CIDH), que verificará su admisibilidad.

Por su parte, en las quejas interestatales un Estado parte de la Convención puede alegar el incumplimiento de la Convención a otro Estado. Para ello, ambos Estados debieron hacer una declaración recíproca. Tanto las quejas interestatales como las peticiones individuales siguen las mismas reglas adjetivas en el desarrollo del proceso.⁸⁹

Una vez satisfechos los requisitos de admisibilidad se ofrecen y desahogan pruebas para emitir un informe de fondo que contiene ciertas recomendaciones para el Estado en caso de haber encontrado violaciones a disposiciones convencionales.⁹⁰ Este informe al que hace referencia el artículo 50 de la Convención es de carácter confidencial y no vinculante. En caso de que el Estado en el plazo de tres meses no haya adoptado las recomendaciones del informe

⁸⁷ Cfr. Artículo 62 de la Convención Americana.

⁸⁸ Cfr. Artículo 44 de la Convención Americana.

⁸⁹ Cfr. Artículo 45 de la Convención Americana. En el mismo sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 11/07, Caso Interestatal 01/06, Nicaragua c. Costa Rica, 8 de marzo de 2007, párr. 127.

⁹⁰ La Corte y la Comisión tienen competencias materiales y territoriales distintas. Cfr. , *inter alia*, artículo 23 del Reglamento de la Comisión, Corte IDH. Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19, párr. 24; así como los artículos 19 y 20 del Estatuto de la Comisión.

de fondo la Comisión puede enviar el caso a la Corte u optar por emitir un informe definitivo que será enviado a la OEA.

El Presidente de la Corte al recibir un caso llama a las partes; la Comisión envía el informe de fondo, los representantes de las víctimas mandan el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (que hace las veces de demanda), y por su parte el Estado contesta y puede interponer excepciones preliminares para objetar la competencia de la Corte, ya fuere parcial o total en razón de su competencia material, temporal, personal o territorial, mismas que pueden resolverse en esta etapa procesal o agruparlas en la sentencia definitiva.⁹¹

Luego de ofrecidas y desahogadas las pruebas, y escuchados los alegatos de las partes la Corte emite su sentencia de fondo, la cual es definitiva y constituye cosa juzgada. En caso de encontrar violaciones convencionales, la Corte dispone las reparaciones que corresponda a la víctima.⁹² Como en otras Cortes las partes pueden pedir la interpretación de la sentencia, lo que no constituye un recurso de apelación.

Un rasgo característico de la Corte Interamericana es la facultad que tiene de supervisar el cumplimiento de sus fallos. Dicha facultad no se encuentra expresamente en la Convención Americana, ni en el Estatuto de la Corte, sino que ha sido producto de la práctica del Tribunal. Actualmente se encuentra regulado en el artículo 69 del Reglamento de la Corte, en el que se le solicitan informes al Estado infractor, sobre los cuales las víctimas pueden emitir observaciones y la Comisión Interamericana puede exponer su parecer sobre ambos documentos. Si la Corte así lo decide, puede llamar a las partes a una audiencia.

Como justificación a esta facultad, la Corte ha manifestado que responde a una de las garantías de la misma Convención hacia las

⁹¹ *Cfr.* Artículos 38 a 42 del Reglamento de la Corte Interamericana.

⁹² *Cfr.* Artículo 63.1 de la Convención Americana.

víctimas, y evitar que las sentencias tengan sólo un carácter declarativo. También la Corte ha indicado que finalidad de supervisar el cumplimiento de sus sentencias es recabar toda la información necesaria para decidir si es pertinente comunicarlo a la Asamblea General de la OEA.⁹³

Esta etapa procesal consiste en llamar a las partes para que otorguen la información relativa a las acciones que ha llevado a cabo el Estado para cumplir con la sentencia. Cuando la Corte llama a una audiencia se procura concretar acuerdos entre las partes, ya que además de hacer preguntas se proponen alternativas, e incluso llama la atención frente a incumplimientos derivados de la falta de voluntad.⁹⁴

En los últimos años esta fase del procedimiento ha cobrado mucha relevancia, tanto que para 2013, 148 casos seguían en la etapa de supervisión. En ese mismo año la Corte emitió 26 resoluciones de supervisión de sentencia (seis menos en comparación con las 32 del 2012), y celebró doce audiencias privadas. Respecto a las audiencias para la supervisión, la Corte por economía procesal ha decidido requerir información a un Estado sobre varios casos relacionados.⁹⁵

La importancia de esta función ha sido remarcada por la Asamblea General de la OEA al reconocer “la importancia y el carácter constructivo que han sido las audiencias privadas de supervisión de cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana y los resultados positivos de las mismas”.⁹⁶ Con tal propósito, ha instado a los Estados a tomar acciones tendientes a coadyuvar con

⁹³ Cfr. Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 100 - 101.

⁹⁴ Cfr. Informe anual de la Corte IDH, 2011, p. 28.

⁹⁵ Cfr. Informe anual de la Corte IDH, 2013, pp. 40 y 71.

⁹⁶ Cfr. Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2652 (xli-o/11), *Observaciones y recomendaciones al informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011, considerando cuarto.

la Corte en ésta etapa, ya que considera que es uno de los mecanismos más efectivos para el cumplimiento de las sentencias.

Sin embargo, esta atribución de la Corte ha sido cuestionada por ser limitada, debido a que después de informar a la Asamblea General de la OEA, no se establece un mecanismo claro para ejecutar la sentencia, así como tampoco se prevé cuáles son las consecuencias del incumplimiento de un fallo.⁹⁷ Debido a diversas reformas a la Carta de la OEA, el informe anual de la Corte Interamericana es presentado al Consejo Permanente a través del Comité de Asuntos Jurídicos, por lo que en caso de hacer un llamado al cumplimiento de un fallo, la Asamblea General vota una resolución que previamente ha sido elaborada por el Consejo Permanente, sin que se realice un debate entre los Estados.

También se ha abierto la oportunidad de que el presidente de la Corte hable ante la Asamblea General sobre algunos casos que los Estados se han negado a cumplir, sin embargo, tampoco existe la posibilidad de un debate posterior por parte de los representantes de los Estados ante la OEA.⁹⁸

De las ocasiones en que se ha desplegado el mecanismo del artículo 65 de la Convención Americana destaca el caso del pretendido retiro de la competencia contenciosa por parte de Perú. En aquella ocasión se logró enviar a Lima una misión de la OEA encabezada por el Secretario General para conminar su retorno al Sistema Interamericano.⁹⁹

Otra acción más reciente fue la inclusión de Venezuela en el Informe Anual de 2012 de la Corte, debido al incumplimiento del

⁹⁷ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, p. 71.

⁹⁸ Cfr. AYALA CORAO, CARLOS M., “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5, No. 1, 2007, p. 131.

⁹⁹ Cfr. Cançado Trindade, Antonio Augusto, “Prólogo”, en Ventura Robles, Manuel Enrique, *op. cit.*, pp. XV – XVI.

caso *“Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela”*. En la sentencia de fondo, la Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional del Estado venezolano por la destitución de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, ya que no se les otorgaron las garantías del debido proceso, así como por la falta de condiciones que aseguraran la independencia judicial.¹⁰⁰

Como parte de las reparaciones se requirió la restitución de los jueces al Poder Judicial, y otorgarles indemnizaciones. El 18 de diciembre de 2008 la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de Venezuela declaró inejecutable el fallo de la Corte Interamericana, debido a que la sentencia internacional interfería en facultades exclusivas del Tribunal nacional.¹⁰¹ Finalmente, la Corte Interamericana decidió incluir este caso como parte de su informe anual para informar a la Asamblea General de la OEA por incumplimiento del fallo.

Por su parte, el Juez Vio Grossi ha criticado el mecanismo de supervisión. En primer lugar porque existe una división de facultades entre la Asamblea General de la OEA y la Corte, por lo que corresponde al órgano político adoptar las medidas necesarias para ejecutar las sentencias, y no al órgano jurisdiccional, el cual debe limitarse a recabar información y comunicarla en su informe anual.¹⁰²

En segundo lugar, la práctica del Tribunal ha sido otorgarle plazos a los Estados para demostrar el grado de cumplimiento de las sentencias en su contra, y de esa forma no incluir su falla en el

¹⁰⁰ Cfr. Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

¹⁰¹ Cfr. Corte IDH. Caso Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, párr. 13.

¹⁰² Cfr. Voto Concorrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de Noviembre de 2011, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, pp. 2 – 4.

informe anual. Ante esto, el Juez Vio Grossi considera que se le deja a la víctima en estado de indefensión al alargar el proceso. Al respecto menciona:

[...]a las víctimas de las violaciones de derechos humanos se les pone en una situación de desventaja porque deberán seguir litigando, esta vez contra argumentos referentes a la legislación nacional que el Estado normalmente invoca para no cumplir con la decisión de la Corte y que obviamente no eran procedentes en el procedimiento mismo, y, por el otro lado, la Corte misma es puesta en una posición en la que, sin contar con las facultades necesarias para hacer cumplir sus fallos, deba recurrir a la súplica o a la presión más bien de orden político para lograr que el Estado en cuestión haga honor al compromiso libre o soberanamente contraído de darles cumplimiento.¹⁰³

En esta línea, coincido con las críticas del Juez Vio Grossi, ya que sólo los Estados partes de la Convención pueden modificar los mecanismos previstos en la Convención Americana y el Estatuto de la Corte, por lo que la Corte no puede rebasar sus atribuciones a través del Reglamento.¹⁰⁴

Las anteriores consideraciones no se traducen en que debe abandonarse el sistema de supervisión, sino que la Corte debe ajustar su actuar a las disposiciones convencionales, y usarlas en beneficio de las víctimas.¹⁰⁵ También es necesario realizar una reforma al sistema para que los mecanismos de cumplimiento no sean un obstáculo, y puedan reglamentarse sin detrimento de los órganos del Sistema Interamericano.

¹⁰³ *Idem*, p. 5.

¹⁰⁴ *Cfr. Idem*, p. 7. Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo Reparaciones y Costas, Caso Barbani y Otros Vs. Uruguay, de 13 de Octubre de 2011, pp. 16 – 17.

¹⁰⁵ *Cfr. Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi*, Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos del 23 de Noviembre de 2011, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, p. 8.

VI. REFLEXIONES FINALES

Las decisiones judiciales de las cortes o tribunales internacionales se cumplen porque son obligaciones plenamente vinculantes para los Estados. De los mecanismos de solución de controversias estudiados en este trabajo se observa que en todos se parte de la buena fe de los Estados para implementar las sentencias y sus reparaciones.

Esto nos llevaría a establecer que en el derecho internacional, al igual que el orden interno, la aplicación de la sanción es sólo un mecanismo excepcional y que no siempre depende de los mecanismos jurídicos. No obstante, estos mecanismos, que podríamos enmarcar como la etapa de ejecución o cumplimiento de sentencias, tienen una importante carga política al ser llevados a cabo por órganos políticos que suelen representar los intereses más importantes de cada Organismo Internacional.

Los cuatro ejemplos estudiados aquí distan de ser modelos acabados que por sí mismos resuelvan las complejidades derivadas de la fragmentación del derecho internacional o el incumplimiento a las normas que constituyen el orden jurídico al que todos los Estados están llamados a acatar.

EL DISCURSO PUBLICITARIO DESDE EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS

DANIEL ANTONIO GARCÍA HUERTA¹

RESUMEN. La publicidad comercial, durante mucho tiempo, ha sido considerada como el ejercicio de acciones exclusivamente de carácter comercial o propagandístico, dejando de lado algunos otros aspectos que resultan de interés y beneficio para la sociedad. El presente documento retoma la perspectiva del discurso publicitario desde un enfoque de derecho humanos, analizando su ejercicio y desarrollo en el marco de la libertad de expresión y el derecho a la información, así como su utilidad en la promoción y educación de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE. *Derechos humanos, libertad de expresión, derecho a la información, publicidad, discurso publicitario, medios de comunicación, anuncios publicitarios.*

ABSTRACT. Commercial advertising, for a long time, has been considered as the exercise of commercial and propaganda actions, ignoring some other aspects of interest and benefit to society. This paper addresses the perspective of commercial speech from a human rights' scope, analyzing it's exercise and development in the framework of freedom of expression and right to information and its usefulness in the promotion and education of human rights.

KEY WORDS. *Human rights, freedom of expression, right to information, advertising, commercial speech, mass media.*

SUMARIO. I. Introducción; II. Publicidad y tipos de publicidad; III. La publicidad comercial como ejercicio del derecho a la libertad de expresión; IV. La publicidad comercial en el marco del derecho a la información; V. Publicidad comercial y medios de comunicación masiva: mecanismos de regulación y autorregulación; VI. La publicidad comercial como mecanismo de educación y promoción en derechos humanos; VII. Conclusiones.

¹ Licenciado en Derecho por la UNAM y Maestro en Derechos Humanos y Garantías por el ITAM. Ha cursado estudios de especialización en Derechos Humanos en universidades de EUA y Colombia.

I. INTRODUCCIÓN

La publicidad, o el discurso publicitario que la enmarca, ha sido considerada como una actividad de carácter puramente comercial que persigue fines de lucro o de empresa y cuyo ejercicio en nada contribuye a la formación de valores en el marco de una ciudadanía responsable y respetuosa de los derechos humanos. Esta concepción ha servido como base para argumentar que el ejercicio de la publicidad, y en especial aquella de carácter comercial, requiere de un estándar menor de protección, o incluso, que no merece ser protegida por la legislación y el Estado en virtud de que en nada fomenta la discusión de temas de interés general o utilidad para la sociedad. Sin embargo, la adopción y defensa de este tipo de argumentos deja de lado algunos otros elementos que merecen ser considerados en el marco de una sociedad democrática y respetuosa de los derechos humanos tales como el que la transmisión de mensajes publicitarios puede constituir un mecanismo para el goce y ejercicio de algunos derechos como la libertad de expresión y el derecho a la información, entre otros.

A través de las siguientes líneas se exponen algunas razones que permiten sostener que la publicidad comercial no necesariamente responde únicamente a fines de carácter económico o a técnicas de persuasión que fomenten en las personas la necesidad de adquirir determinados bienes o servicios, perpetuando actitudes consumistas, individualistas y utilitarias. Por el contrario, el presente documento se centra en el desarrollo de ideas que permitan concebir a la publicidad comercial como el ejercicio de derechos humanos relacionados con el fortalecimiento del sistema democrático en una sociedad plural, y sostiene la necesidad de que el Estado garantice la existencia de un estándar de aseguramiento y protección del discurso publicitario.

II. PUBLICIDAD Y TIPOS DE PUBLICIDAD

A partir de un análisis etimológico es posible señalar que la palabra publicidad deriva del término latín *publicus*¹ que significa hacer notorio, manifiesto, patente o que pueda ser visto o sabido por todas las personas.² Desde este enfoque, y de forma muy rudimentaria, puede decirse que la publicidad implica la realización de una acción comunicativa que persigue como fin último dar a conocer una idea u opinión respecto de algún fenómeno o hecho determinado. Pese a ello, el desarrollo que ha mostrado la práctica publicitaria hoy en día y el papel que desempeña en nuestra sociedad hacen que la anterior definición resulte insuficiente para abordarla desde un enfoque de derechos humanos.

El término publicidad, desde una perspectiva amplia, puede abarcar distintos matices y elementos no necesariamente relacionados con la venta de bienes o servicios. Así, la publicidad *lato sensu* puede adoptar las formas de promoción, patrocinio, relaciones públicas o publicidad comercial en sentido estricto.³

Tabla 1. Formas de publicidad *lato sensu*

<i>Forma de publicidad</i>	<i>Descripción</i>
Promoción	Es considerada como una herramienta auxiliar de la publicidad en la medida que tiene por objeto la formulación de incentivos a corto plazo que fomenten la compra o venta de un producto o servicio.

¹ Vid. SCRETI, FRANCESCO, “Publicidad y Propaganda: Terminología, Ideología, Ingenuidad” en *Razón y Palabra*, Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación, núm 78 noviembre 2011 – enero 2012, p. 4, disponible en: <http://www.razonypalabra.org.mx/varia/N78/2a%20parte/40_Screti_V78.pdf>.

² Vid. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, “Público”.

³ VEGA, EUGENIO, “Publicidad e Imagen Global” en *Fundamentos de Diseño Gráfico*, Anaya Multimedia. Madrid, 1989, p. 1.

Tabla 1. Continúa

<i>Forma de publicidad</i>	<i>Descripción</i>
Patrocinio	El patrocinio se relaciona con las técnicas de relaciones públicas en tanto lo que busca es fomentar la creación de una buena imagen o percepción respecto de algún producto o empresa. Sin embargo, a diferencia de las relaciones públicas, el patrocinio se vale de la asociación de la propia imagen con eventos cercanos que puedan contribuir a tal fin.
Relaciones Públicas	Las relaciones públicas también constituyen una herramienta de comunicación persuasiva por medio de la cual se cultivan buenas relaciones con el público y se obtiene una imagen o publicidad favorable que repercuten necesariamente en las técnicas publicitarias.
Publicidad Comercial	Es cualquier forma pagada de presentación y promoción no personal de ideas, bienes o servicios por un patrocinador o empresa identificada en la sociedad.

Fuente: Elaboración propia tomando como base KOTLER, PHILIP y ARMSTRONG, GARY, *Fundamentos del Marketing*; y LABARIEGA VILLANUEVA, ALFONSO, “El Patrocinio Publicitario: Una Nivel Figura Contractual, Una Nueva Forma de Comunicar y una Modalidad de la Estrategia de Marketing”.

Ahora bien, el término publicidad ha sido objeto de diversas confusiones alimentadas por la relación u homologación que se la ha dado con otras actividades como la propaganda, así como por la actitudes reduccionistas que la han encasillado como una actividad que responde necesariamente a intereses de mercado. En este sentido, cabe señalar que el discurso publicitario constituye una herramienta que se encuentra al servicio de las diversas formas de comunicación persuasiva⁴ pues su utilización ha sido planteada

⁴ RODRÍGUEZ CENTENO, JUAN CARLOS, “La publicidad como herramientas de las distintas modalidades de comunicación persuasiva” en *Global Media Journal en Español Explorando el Mundo de la Comunicación*, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México, volumen 1, núm. 1, primavera 2004, p. 1.

como un vehículo ideal para llegar a la psicología de las personas y, en general de la población, con el único objetivo de persuadirlas, es decir, de generar en ellas convicciones que deriven en la elección o adquisición de un determinado objeto, servicio o idea.⁵ Así, O'Guinn y Tomas definen a la publicidad como todo aquel esfuerzo pagado y transmitido por medios de información que tiene por finalidad persuadir a las personas.⁶ De esta manera, si se considera a la publicidad como un proceso comunicativo de ideas, expresiones, hechos o descripciones que responde a fines persuasivos para que las personas se conduzcan de determinada manera, es posible que ésta pueda adoptar carices distintos que respondan a intereses diversos a los comerciales, lo que permitiría comprender que la publicidad comercial es tan sólo uno de esos matices.

Hoy en día el desarrollo de las técnicas publicitarias ha permitido que ésta amplíe su espectro de modo que ya no son únicamente las empresas quienes llevan acabo acciones publicitarias, sino que existen otros actores sociales quienes han percibido las ventajas e influencia que ofrece la publicidad y las han utilizado para dar a conocer elementos distintos a productos o servicios. En este sentido, la publicidad en nuestros días ha comenzado a alejarse de aquella perspectiva comercial para abrir paso a nuevos canales de comunicación que puedan hacer viable su extensión en otros ámbitos o esferas de la vida pública. Ello ha derivado en una clasificación amplia de la publicidad que atiende, principalmente, a los fines que se pretendan alcanzar a través del ejercicio del discurso publicitario.

⁵ PEÑA PÉREZ, GLORIA, "Sistemas de persuasión en la comunicación publicitaria" en OLSA MORENO, INÉS *et. al.* *Actas del XXXVII Simposio Internacional de la Sociedad Española de Lingüística*, Departamento de Lingüística Hispánica y Lenguas Modernas, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, España, 2008, p. 651.

⁶ O'GUINN, TOMAS, ALLEN, CHRIS y SEMENIK, RICHARD, *Publicidad*, International Thomson Editores, 1999, p. 6.

Tabla 2. Tipos de publicidad

<i>Tipo de publicidad</i>	<i>Contenido</i>
Publicidad comercial	La publicidad comercial es aquella relacionada con la actividad de venta que tiene por objeto promover o suministrar, a través de la persuasión, de determinados bienes o servicios a las personas que integran a la sociedad. Este tipo de publicidad se encuentra estrechamente relacionada con los derechos de la y el consumidor en la medida en que tiene por objeto que el anuncio de determinados productos o servicios no conduzcan al error (publicidad engañosa). En este tipo de publicidad, los mensajes deben responder al principio de veracidad y contrastación con la realidad.
Publicidad informativa	Asimismo, el hecho de que la publicidad informativa tenga por objeto primordial informar a las personas sobre las características de determinados bienes o servicios, ello no significa que pierda su carácter persuasivo; por el contrario, el suministro de información constituye una técnica de persuasión que genera certeza y seguridad al adquirir un producto o servicio.
Publicidad social	Este tipo de publicidad también es de carácter persuasivo, y al igual que la mayoría de la publicidad, es pagada, interesada e intencionada. Sin embargo, a diferencia de los otros tipos de publicidad, ésta responde a causas concretas y a intereses sociales lo cual la aleja de la concepción comercial tradicional. Asimismo, la publicidad social pretende tener efectos que contribuyan al desarrollo o mejoramiento social y humano a través de programas de cambio y de acciones de concienciación y sensibilización social.

Tabla 2. Continúa

<i>Tipo de publicidad</i>	<i>Contenido</i>
Publicidad legal u oficial	La publicidad legal u oficial se diferencia del resto de los tipos de publicidad en virtud de la obligatoriedad en la difusión de mensajes objetivos. Este tipo de publicidad hace posible la realización de algunos derechos y características que distinguen a un gobierno democrático tales como la transparencia, la rendición de cuentas y el acceso a la información.
Publicidad institucional	Este tipo de publicidad constituye una forma de comunicación informativa y a la vez persuasiva que tiene por objeto dar a conocer a las y los ciudadanos el funcionamiento y los procedimientos correspondientes del servicio público de carácter jurídico, electoral, laboral, económico o cultural.

Fuente: Elaboración propia tomando como base MARTÍNEZ PASTOR, ESTHER, “La Publicidad ¿Derecho Fundamental o de Empresa? Una perspectiva jurídico informática”.

1. DISCURSO PÚBLICO Y DISCURSO COMERCIAL

En líneas anteriores se ha analizado a la publicidad a partir de su naturaleza propia, así como de los fines que ésta persigue. Ahora, es importante centrar su estudio desde un enfoque jurídico que permita determinar si el ejercicio de la publicidad comercial puede ser susceptible de protección a través del marco normativo del Estado.

El ámbito jurídico ha distinguido dos principales tipos de discursos a los cuales les ha asignado características propias y niveles de aseguramiento diferenciados; por una parte, es posible identificar al discurso público y por la otra al discurso comercial. En torno a ello, ha sido la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (CSEUA) quien a través de su jurisprudencia ha desarrollado, en mayor medida, las características del discurso público frente al discurso comercial a través de la doctrina conocida como *commercial*

speech. Esta doctrina permitió a las autoridades judiciales estadounidenses determinar si el discurso comercial entraba bajo la protección de la Primera Enmienda de la Constitución de aquel país⁷ y clarificar el alcance de las restricciones de dicho discurso. Al final, para la Corte Suprema de Estados Unidos el discurso público es aquél que permite la transmisión de ideas y expresiones capaces de contribuir al desarrollo de debates de interés general y que sean de utilidad para la sociedad en su conjunto, por lo que cualquier restricción que se intente establecer a la difusión de ideas en el marco del discurso público, deberán ser analizadas bajo un test de escrutinio estricto de proporcionalidad.⁸

En relación con el discurso publicitario o *commercial speech*, la Corte Suprema norteamericana señaló en un primer momento que éste se constituye por la expresión de ideas relacionadas con los intereses económicos del anunciante y su audiencia, así como por la promoción de transacciones de naturaleza estrictamente comercial;⁹ no obstante, esta definición pronto tuvo que ser repensada en virtud de las distintas formas en las cuales el discurso comercial puede materializarse. Por ejemplo, el mencionado tribunal en el caso *Virginia State Board of Pharmacy* señaló que el *commercial speech* se encuadraba en la protección otorgada por la Primera Enmienda

⁷ La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica señala: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.” Cfr. Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 disponible en: <<http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>>.

⁸ SUKHATME, NEEL U., “Making Sense of Hybrid Speech: A New Model for Commercial Speech and Expressive Conduct” en *Harvard Law Review*, Vol. 118, 2205, pp. 2836 – 2840.

⁹ Vid. VALERYEVNA GASSY-WRIGHT, OXANA, “Commercial Speech in the United States and Europe”, en *Georgia Law*, Digital Commons @ Georgia Law, LLM Theses and Essays, University of Georgia School of Law, 2005, p. 15. Asimismo, vid. Corte Suprema de los Estados Unidos de América (CSEUA), *Central Hudson Gas & Electric Corp v. Public Services Commission*, 447 U.S 557, 20 de junio de 1980.

toda vez que su vinculación con el mercado de bienes y servicios no necesariamente lo alejaba del mercado de las ideas; además determinó que el carácter pagado de la publicidad no constituye un argumento suficientemente válido para sustraerla de la protección constitucional que requiere la libre manifestación y expresión de ideas ajenas.¹⁰ Así, la sentencia en cuestión estableció la relación e importancia que existe entre el discurso comercial y el interés general de la sociedad al afirmar que:

El particular interés de los consumidores en el libre flujo de información comercial, puede ser tan agudo, sino es que me mucho más agudo, que el interés que puedan tener en el debate político más urgente del día. [...] De manera general, la sociedad también puede presentar un fuerte interés en el libre flujo de información comercial. Incluso, un mensaje publicitario estrictamente comercial, puede ser de interés público general.¹¹

En similar sentido, en un asunto relacionado con la regulación de publicidad en materia de bebidas alcohólicas, el tribunal constitucional norteamericano señaló que: “Las prohibiciones al discurso comercial no sólo dificultan las decisiones de los consumidores, sino que también impiden el debate respecto de asuntos fundamentales de política pública.”¹²

Esta distinción entre discurso público y discurso comercial condujo a que la Corte Suprema de Estados Unidos adoptara niveles de

¹⁰ *Vid.* CSEUA, *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 24 de mayo de 1976.

¹¹ CSEUA, *Virginia State Board of Pharmacy, op. cit.*, “As to the particular consumer’s interest in the free flow of commercial information, that interest may be as keen, if not keener by far, than his interest in the day’s most urgent political debate[...] Generalizing, society also may have a strong interest in the free flow of commercial information. Even an individual advertisement, though entirely ‘commercial’ may be of general public interest”, traducción propia del autor.

¹² CSEUA, *44 Liquormart Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484, 13 de mayo de 1996, “In this way, these commercial speech bans not only hinder consumer choice, but also impede debate over central issues of public policy”, traducción propia del autor.

protección diferenciados respecto de cada uno de ellos. Por ejemplo, en materia de discurso comercial, el tribunal constitucional estadounidense ha señalado que si bien dicho discurso goza de la protección que otorga la Primera Enmienda, ello no quiere decir que toda clase de anuncio publicitario tenga que ser protegido¹³ sino que aquellos mensajes publicitarios que conlleven un riesgo de engaño o coerción no podrán ser beneficiados de la garantía y protección constitucionales.¹⁴ De manera similar en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha hecho suyos los criterios desarrollados por el tribunal estadounidense y ha colocado a la publicidad comercial en un nivel inferior de protección señalando que ésta apoya al ejercicio de la una libertad empresarial y por ende se circunscribe únicamente a proponer la realización de transacciones comerciales, por lo que su producción puede quedar sujeta a una regulación dentro de límites mucho más amplios en los que le sean exigidos requisitos de veracidad y claridad.¹⁵

A fin de delimitar los casos en los cuales el discurso publicitario puede ser restringido sin que ello se torne en una vulneración a derechos fundamentales, la CSEUA formuló un test basado en cuatro elementos principales que permiten determinar la validez de una restricción;¹⁶ dicho test ha recibido el nombre de *Central Hudson test* (en virtud del caso que le dio origen)¹⁷ y también es conocido como *four prong test*.

¹³ CSEUA, *Central Hudson Gas & Electric Corp.*, *op. cit.*

¹⁴ CSEUA, *Ohralik v. Ohio State Bar Assn.*, 436 U.S. 447, 30 de mayo de 1978.

¹⁵ *Vid.* SCJN, [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXI, Enero de 2005; p. 421, “Libertad de expresión e imprenta. Las limitaciones establecidas por el legislador relacionadas con la veracidad y claridad de la publicidad comercial son constitucionales cuando incidan en su dimensión puramente informativa”.

¹⁶ M. GARON, Jon, “Beyond the First Amendment: Shaping the Contours of Commercial Speech in Video Games, Virtual Worlds and Social Media”, en *NKU Chase Law & Informatic Institute, Working Paper Series*, Northern Kentucky University, 2011, p. 5.

¹⁷ CSEUA, *Central Hudson Gas & Electric Corp.*, *op. cit.*

El *Central Hudson Test* señala que para que el discurso comercial pueda ser restringido es necesario que:¹⁸

1. El discurso comercial se encuentre protegido, es decir, que refiera a una actividad lícita y que el mismo no sea engañoso;
2. El interés gubernamental o del Estado respecto de la limitación del discurso sea sustancial;
3. La regulación del discurso comercial se relacione directamente con el interés gubernamental perseguido;
4. La limitación o regulación no supere a aquélla que sea esencial para la consecución del interés perseguido.

Si bien el test antes referido ha constituido la base sobre la que las autoridades judiciales norteamericanas han resuelto muchos casos relacionados con el discurso comercial, es importante apuntar que dicho test se torna gris al momento de analizar mensajes publicitarios que traen aparejados al mismo tiempo elementos característicos del discurso público y del discurso comercial. El tribunal supremo de Estados Unidos no ha sentado un criterio claro respecto a discursos de naturaleza mixta; en todo caso, el asunto que más se aproxima a esta problemática es del *Bolger vs. Young Drug Products* en el cual la Corte Suprema determinó que el envío de folletos que promocionaban una marca de condones, y que a su vez informaban de la utilidad y ventajas que dichos anticonceptivos ofrecían en torno a infecciones de transmisión sexual, constituían el ejercicio de un discurso comercial que se encontraba protegido a la luz de la doctrina del *commercial speech*. Asimismo, señaló que la medida restrictiva que la Oficina Postal de Columbia pretendía establecer no era proporcional a los fines que el gobierno perseguía.¹⁹

En este contexto, el fenómeno de los discursos mixtos, es decir, aquéllos en los que resulta poco clara la distinción entre lo público

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ CSEUA, *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60, 24 de junio de 1983.

y lo comercial, ha llamado la atención y ha constituido la base sobre la que se analizan los alcances y límites del discurso publicitario. Esta situación ha sido propicia para formular una clasificación respecto de los discursos de naturaleza mixta.

Tabla 3. Discursos de naturaleza mixta

<i>Discurso</i>	<i>Características</i>
Discursos públicos con efecto publicitario residual	Este tipo de discurso se integra a través de mensajes que pueden contribuir al desarrollo y fortalecimiento de la opinión pública, pero que al mismo tiempo generan un efecto publicitario en menor medida para las personas receptoras de dichos mensajes.
Comunicaciones comerciales que contribuyen de forma residual al discurso público	A diferencia del caso anterior, este discurso se conforma por comunicaciones motivadas principalmente por razones publicitarias y económicas pero que impactan de manera menos gradual en el desarrollo de ideas u opiniones de interés general que contribuyen al desarrollo del debate público.
Discursos públicos con incidencia en el mercado	En este caso, el discurso es desarrollado por un sujeto ajeno al mundo del comercio, pero cuya expresión de ideas impacta necesariamente en la configuración y dinámica del mercado.
Discursos públicos que utilizan formas de expresión propias del discurso comercial	Este discurso tiene la clara intención de promover el desarrollo de ideas que alimenten al debate público dentro de la sociedad. Para ello, este discurso utiliza los mecanismos y características propias del discurso comercial de modo que su ejercicio puede o no impactar en la dinámica del comercio.

Fuente: Elaboración propia tomando como base RUBÍ I PUIG, ANTONIO, *Publicidad Comercial y Libertad de Expresión. La Protección Constitucional de la Información en el Mercado*.

La utilización cada vez más constante de la publicidad comercial y su interrelación con temas ya no únicamente de carácter empresarial ha conducido a la dificultad de distinguir entre el discurso de lo público y lo privado, pues plantea un escenario en el que la manifestación y recepción de ideas se relaciona ya no sólo con actividades comerciales sino con el ejercicio de ciertos derechos humanos que contribuyen al fortalecimiento y consolidación de sociedades democráticas y plurales, así como a la construcción de una opinión pública libre e informada.

III. LA PUBLICIDAD COMERCIAL COMO EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El derecho a la libertad de expresión constituye un derecho fundamental reconocido en la mayoría de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.²⁰ En sentido estricto, este derecho implica la posibilidad de toda persona de manifestar y expresar libremente sus ideas u opiniones a través de cualquier medio, ya sea oral, escrito, artístico o impreso.²¹

²⁰ ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/3/217 durante su III periodo de sesiones el 10 de diciembre de 1948, artículo 19; ONU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/2200 durante su XXI periodo de sesiones, New York, 16 de diciembre de 1966, artículo 19; CE, *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (CEDH), aprobado por el Consejo de Europa, Roma, 1950, artículo 10; OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, artículo 13; OUA, *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos* “Carta de Banjul” (CADHP), aprobada por la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenia, 27 de julio de 1981, artículo 9.

²¹ Vid., OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, op. cit., artículo 13, vid. CORTE IDH, *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo

Respecto de la libertad de expresión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTE IDH) ha sostenido que este derecho se integra por dos vertientes: una de carácter individual y otra de naturaleza colectiva.²² En relación con la primera vertiente, dicho tribunal ha señalado que se conforma por la posibilidad que tiene todo ser humano de manifestar sus ideas o pensamientos²³ de manera libre y hacerlas llegar al mayor número de destinatarios²⁴ por lo que el Estado debe asegurar los medios necesarios para tal efecto y evitar el establecimiento de restricciones arbitrarias o injustificadas que coarten el ejercicio de dicho derecho. Por su parte, la vertiente colectiva del derecho a la libertad de expresión implica la posibilidad que tienen todas las personas dentro de la sociedad de recibir y beneficiarse del pensamiento y las expresiones ajenas.²⁵

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en términos del artículo 13 de la CADH, puede materializarse a través de distintos medios ya sean éstos de naturaleza escrita, oral, artística o cultural, por lo que adoptando una interpretación extensiva de dicho precepto convencional es posible afirmar que el discurso comercial y los anuncios publicitarios pueden integrarse a la lista de

y Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de julio de 2004, , Serie C. No. 107, p. 65, párr. 108.

²² CORTE IDH, *Caso López Álvarez v. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141. párr. 163.

²³ ANDREU MARTÍNEZ, MARÍA BELÉN, “La Libertad de Expresión y los Derechos al Honor e Intimidad en la Jurisprudencia Española y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *Memorias del Seminario Internacional “Los Derechos Humanos y la Libertad de Expresión en México”*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006, p. 151.

²⁴ CORTE IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párr. 65.

²⁵ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, p. 70.

vehículos que permiten la manifestación de ideas, toda vez que son las limitaciones, y no las posibilidades al ejercicio de un derecho las que deben analizarse de manera restrictiva.²⁶ De este modo, la transmisión de anuncios publicitarios puede encuadrarse en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en las dos vertientes que integran a este derecho. Por una parte, y desde la óptica individual, es factible señalar que son las empresas, los anunciantes y los medios de comunicación quienes tienen la posibilidad de manifestar sus ideas a través de dichos anuncios publicitarios; mientras que desde el enfoque colectivo, es la sociedad y las personas que la integran, quienes cuentan con el derecho de recibir aquellas ideas, manifestaciones y expresiones publicitarias que les permitirán tomar decisiones informadas y que contribuirán al fomento de prácticas competitivas en el mercado, que redundarán en su beneficio, así como en el de las empresas publicitarias.

En relación con lo anterior, si bien la publicidad comercial tiene como finalidad persuadir a las personas para adquirir un determinado bien o servicio, no en todos los casos su impacto se reduce a la manifestación o promoción de elementos materiales; por el contrario, es importante tomar en consideración que la realización y difusión de anuncios publicitarios, antes que otra cosa, constituye un mecanismo de utilidad para la transmisión de ideas o comunicaciones que sirven de apoyo para la adopción de decisiones informadas dentro de la dinámica social y comercial.²⁷ Esta situación se torna mucho más clara si se toma en consideración que hoy en día distintas empresas han utilizado las vías publicitarias para transmitir y potencializar ideas y valores relacionados con el público al que van

²⁶ GORROTXATEGI, MIREM, “Publicidad y libertad comercial Algunas reflexiones tras la sentencia del caso Benetton en Alemania” en *Questiones Publicitarias Revista Internacional de Comunicación y Publicidad*, Vol. 1, núm. 5, 1996, p. 110.

²⁷ GIL MEMBRADO, Cristina, “El Anuncio Publicitario como Ejercicio del Derecho a la Libre Expresión. A Propósito del Caso Mitsubishi” en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Universitat de les Illes Balears, Barcelona, 2011, p. 6.

dirigidos los mensajes publicitarios y los cuales no siempre se encuentran relacionados con el producto o servicio que publicitan.²⁸

En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha establecido que la práctica relativa a la transmisión de anuncios publicitarios queda protegida por el derecho a la libertad de expresión cuando éstos difunden juicios de valor o manifiestan ideas que promueven la formación de opinión pública.²⁹ Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tema al señalar que el derecho a la libertad de expresión se vulnera cuando se priva a las personas de acudir, legítimamente, a los mecanismos publicitarios para dar a conocer las cualidades de aquellos productos que anuncian.³⁰ Estas decisiones son un claro ejemplo de la evolución que ha presentado tanto el análisis como la regulación normativa de la publicidad comercial en distintos países del mundo y contribuyen a distanciar el discurso publicitario de aquella visión reduccionista que lo consideraba únicamente al servicio de intereses de empresa, comenzando a ubicarlo en un plano de protección constitucional desde la perspectiva de los derechos humanos.

Pese a lo anterior, ni la libertad de expresión, ni cualquier otro derecho pueden ser considerados como valores o prerrogativas de carácter absoluto, sino que en algunas ocasiones su ejercicio puede verse sometido a limitaciones para garantizar el goce y ejercicio de otros derechos humanos, siempre que dichas limitaciones se encuentren orientadas por razones de legalidad, necesidad, propor-

²⁸ PARDO, M. *et. al.*, “Libertad, Igualdad, Publicidad” en *Derecho Constitucional III*, Universidad de Murcia, España, p. 12. Asimismo, es importante mencionar que dicho criterio también ha sido sostenido por la Corte Suprema de Estados Unidos y la Corte Constitucional de Colombia.

²⁹ *Vid.* RUBÍ I PUIG, Antonio, *Publicidad Comercial y Libertad de Expresión. La Protección Constitucional de la Información en el Mercado*, Tesis Doctoral, Universidad Pompeu Fabra, 2007 haciendo referencia a la sentencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán BVerfGE 71/162 del 19 de noviembre de 1985.

³⁰ *Vid.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-381 de 1994.

cionalidad e idoneidad.³¹ Por lo que toca a la publicidad comercial analizada desde el enfoque de la libertad de expresión, es necesario señalar que su ejercicio puede ser objeto de restricciones cuando su contenido resulte contrario a los derechos o a la dignidad de otras personas, así como cuando incite o promueva al odio y a la violencia. Al respecto, el Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Expresión se ha pronunciado sobre la existencia de cuatro tipos de expresión que los Estados deben prohibir en cumplimiento de los principios y obligaciones que rigen al derecho internacional de los derechos humanos, a saber: 1) la pornografía infantil; 2) la incitación pública y directa del genocidio; 3) el odio nacional, racial o religioso que promueva discriminación, hostilidad y violencia; y 4) la incitación al terrorismo.³²

Desde esta perspectiva, las limitaciones al ejercicio de la publicidad comercial deben establecerse únicamente cuando a través de ella se expresen o difundan ideas contrarias a los valores que persigue una sociedad democrática y respetuosa de los derechos humanos, por lo que la consideración aislada de su carácter comercial no puede constituir una causa justificada para su limitación, sino que en todo caso deberá realizarse un examen de proporcionalidad que le otorgue legitimidad. Aunado a ello, el discurso publicitario comercial no únicamente se encuentra sujeto a restricciones que derivan del derecho a la libertad de expresión, pues su relación material con otros derechos, así como su influencia y alcance dentro de la sociedad hacen necesario el establecimiento de mecanismos

³¹ ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993, pp. 111 a 115. Asimismo, *vid.* CORTE IDH, *Caso Kímel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párrs. 56, 70, 74 y 83.

³² ONU, *Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the right to freedom of opinion and expression*, sometido a la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución A/66/290 durante su LXVI periodo de sesiones, New York, 10 agosto de 2011, pp. 8 a 12.

adicionales de regulación para garantizar que su impacto sea, en todo caso, positivo.

IV. LA PUBLICIDAD COMERCIAL EN EL MARCO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

La publicidad comercial también presenta una estrecha relación con el derecho a la información, el cual es entendido como la posibilidad que tienen todas las personas para buscar, emitir y recibir cualquier tipo de informaciones y, al igual que el derecho a la libertad de expresión, presenta una vertiente individual y una colectiva.³³ A diferencia del contenido de los mensajes o ideas que se transmiten a través del ejercicio del derecho a la libertad de expresión los cuales pueden constituir juicios de valor u opiniones; en el caso del derecho a la información es necesario que todos los datos que se transmitan cumplan con los requisitos de veracidad e interés general, es decir, que puedan ser objetivamente contrastables con la realidad.³⁴

En relación con la publicidad comercial, es necesario considerar que dicha práctica, además de servir a intereses persuasivos económicos y de transmitir ideas o valores en algunos casos, también expresa información relacionada con los productos o servicios que promocionan y que serán adquiridos por las y los espectadores que reciban dichos mensajes. En particular, el hecho de que la publicidad comercial, en algunas ocasiones, proyecte anuncios publicita-

³³ CORTE IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C núm. 151, párr. 77.

³⁴ *Vid.*, Tribunal Supremo Español, Sentencia del 22 de julio de 2011 dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo al recurso de casación No. 1089/2009, Madrid, España. p. 4. Asimismo, *vid.* SCJN, [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXX, Diciembre de 2009; p. 284; “*Libertad de expresión y derecho a la información. Modo en que deben ser entendidos los requisitos de veracidad e imparcialidad*”; y SCJN, [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXV, Marzo de 2007; p. 1779; “*Responsabilidad de periodistas y medios de comunicación. Concepto de veracidad*”.

rios que pudieran parecer triviales o sin sentido, no significa que los datos que transmitan no puedan ser de utilidad para las personas al momento de tomar una determinada decisión respecto al producto o servicio que se promociona, toda vez que dicho mensaje puede incluir información relacionada con el producto, sus características, su utilidad y su precio, así como con el vendedor y la imagen que éste proyecte a la sociedad.³⁵

El hecho de que la publicidad comercial, al momento de promocionar un producto, tenga que verse sometida a los requisitos de veracidad e interés general que revisten a la información, constituye un elemento de valiosa importancia en lo que se refiere a los derechos de las y los consumidores³⁶ en virtud de que lo se persigue es, en realidad, salvaguardar que éstas y éstos no sean inducidos al engaño o al error a través de anuncios publicitarios, también denominados *publicidad engañosa*.³⁷ Dicho requisito de veracidad en materia de publicidad comercial no necesariamente constituye un freno al alcance persuasivo que ésta conlleva, es decir, información y persuasión no son precisamente términos contradictorios, pues persuadir no significa engañar. Por el contrario, el hecho de que la

³⁵ CSEUA, *Virginia State Board of Pharmacy*, *op. cit.*, traducción propia del autor.

³⁶ CSEUA, *Central Hudson Gas & Electric Corp.*, *op. cit.*

³⁷ La publicidad engañosa es aquella cuya presentación induce o puede inducir al error en los destinatarios y afectar su comportamiento económico. Este tipo de publicidad también se caracteriza por generar un perjuicio a los demás competidores económicos. *Vid.* ACUÑA LEDESMA, MARÍA LOURDES, “Nuevas Formas de Publicidad en el Siglo XXI: El Problema de la Publicidad Engañosa” en *Derecom Revista Especializada en Derecho a la Comunicación*, núm 8, Nueva Época, Diciembre – Febrero 2012, Asimismo, *vid.* MARTÍNEZ PASTOR, ESTHER, “La Publicidad ¿Derecho Fundamental o de Empresa? Una perspectiva jurídico informática” en *Derecom Revista Especializada en Derecho a la Comunicación*, núm 8, Nueva Época, Diciembre – Febrero 2012. De igual forma, la legislación mexicana considera como engañosa a toda aquella publicidad que sea falsa, inexacta, exagerada, parcial y/o artificiosa o tendenciosa, *vid.*, PROFECO, *Acuerdo por el que se establecen los lineamientos para el análisis y verificación de la información y publicidad*, publicado en el *DOF* el 24 de julio de 2012.

publicidad comercial pueda ofrecer información veraz y objetiva sobre los productos y servicios que promociona posibilita una interacción más fluida y libre en beneficio de las distintas empresas competidoras y de la sociedad en su conjunto.

En este punto, considerar que la publicidad comercial puede estar sujeta a determinadas restricciones a la luz de los derechos a la libertad de expresión y de información, conduce, necesariamente, al análisis respecto de la regulación y papel que los medios de comunicación masiva deben asumir en el marco de una sociedad libre, democrática y plural comprometida con el reconocimiento y aseguramiento de las condiciones y características particulares de cada grupo que la integran.

V. PUBLICIDAD COMERCIAL Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN MASIVA: MECANISMOS DE REGULACIÓN Y AUTORREGULACIÓN

Los medios de comunicación masiva (MCM) y la publicidad de las empresas que en ellos se transmiten han cobrado total relevancia en el ámbito de lo social debido al creciente acceso a las tecnologías de información y comunicación, lo que permite que un mayor número de personas reciban dicha información.³⁸ Debido a este importante

³⁸ De acuerdo con un estudio Digital TV World Household Forecast realizado en 73 países y publicado por Digital TV Research, el número de hogares con televisión digital se duplicará entre el año 2010 y 2016 alcanzando una cifra de 1, 189 millones. Dicho informe estima que la penetración digital en el ámbito de la TV pasará de un 42.5% de finales del 2010 a un 80% en el año 2016. En el caso de México si bien la transición a la televisión digital comenzó hasta hace poco tiempo, de acuerdo con datos de la *Encuesta Nacional sobre disponibilidad y uso de tecnología de información y comunicación en los hogares 2010* elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), el 86.1% de la población mexicana cuenta con un televisor analógico y 13.9% con uno de carácter digital. Del mismo modo, de conformidad con el documento *“Avances en el acceso y el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en América Latina y el Caribe 2008 – 2010”* publicado por la Comisión Económica para América y el Caribe (CEPAL), durante los últimos cinco años, la cantidad de usuarios de Internet ha crecido sustancialmente, pasan-

crecimiento, resulta necesario redefinir y redireccionar el papel que la publicidad y los MCM desempeñan actualmente en la sociedad y en la construcción de ideas, valores y criterios,³⁹ pues tal como lo ha sostenido la SCJN, “los medios de comunicación social se cuentan entre los forjadores básicos de la opinión pública en las democracias actuales y es indispensable que tengan aseguradas las condiciones para incorporar y difundir las más diversas informaciones y opiniones”.⁴⁰ En primer lugar, y como ha sido sostenido, es necesario sobreponerse a la idea de que la publicidad únicamente persigue fines comerciales o de lucro, sino que debe plantearse la posibilidad de utilizar a la publicidad como mecanismo de promoción y educación aprovechando su fuerza, alcance e impacto para crear una sociedad respetuosa y garante de derechos humanos.

Es así que, debido a la evolución que la publicidad ha desarrollado a lo largo de los años, se ha abierto paso al concepto denominado publicidad social, el cual, como ha sido referido anteriormente, considera a las prácticas publicitarias como un agente de cambio en la medida en que enfocan sus actividades, mensajes e ideas a lograr un cambio en la construcción y divulgación de valores, a través de la adopción o el abandono de determinados patrones de conducta para beneficio de la misma sociedad.⁴¹ Asimismo, el surgimiento de este concepto ha permitido que la práctica dirigida a la transmisión de mensajes pagados a través de MCM se haga extensiva a otro tipo de organizaciones o sujetos que no necesariamente persiguen un

do de una tasa de 11% de penetración en 2003 a 27% en 2008. Actualmente en México el 22% de los hogares cuenta con una computadora con acceso a Internet.

³⁹ Vid. SCJN, [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3; p. 2914; “*Medios de comunicación. Su consideración como figuras públicas a efectos del análisis de los límites a la libertad de expresión*”.

⁴⁰ Vid. SCJN, [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXX, Diciembre de 2009; p. 288; “*Libertades de expresión e información. Los medios de comunicación de masas juegan un papel esencial en el despliegue de su función colectiva*”.

⁴¹ Vid. KOTLER, PHILIP y ROBERTO, EDUARDO L., *Marketing social. Estrategias para cambiar la conducta pública*, Ed. Díaz de Santos, Madrid, 1992.

fin de lucro, como lo son las organizaciones no gubernamentales, partidos políticos, sindicatos, organismos públicos de protección a derechos humanos, entre otros.⁴²

La conjugación entre publicidad social y publicidad comercial permite comprender que la construcción de una sociedad responsable y comprometida con el respeto y garantía de los derechos humanos no es necesariamente contraria al carácter comercial que puedan perseguir determinadas empresas debido a que aquéllas que tienen por objeto principal la venta de productos o servicios pueden incluir en sus anuncios publicitarios cierto tipo de mensajes que promuevan en las y los espectadores una idea positiva de respeto hacia los demás, hacia la comunidad o hacia el medio ambiente y, al mismo tiempo, alcanzar un beneficio particular. Con todo y ello, la regulación respecto a la transmisión de mensajes publicitarios en MCM es un tema que requiere de especial consideración, sobre todo en lo que se refiere al equilibrio de obligaciones y compromisos que deben asumir tanto el Estado como las empresas privadas de comunicaciones.

1. AUTORREGULACIÓN Y RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS Y MCM EN EL ÁMBITO DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL

Es necesario admitir que no todas las empresas incorporan como uno de sus objetivos el desarrollo e implementación de un contenido social en los mensajes publicitarios que transmiten a través de los MCM. Sin embargo, esta situación no puede constituir un obstáculo para que las empresas realicen prácticas publicitarias que

⁴² En este sentido, el papel que juegan, especialmente, las ONG y los organismos públicos de protección a los derechos humanos resultan de total importancia en la medida en que no sólo exponen y transmiten el contenido y alcance de determinados derechos, sino que permiten transmitir, a su vez a la sociedad, la existencia de entidades dedicadas a la protección y defensa de las personas que crean haber sido víctimas de violación a sus derechos humanos lo que podría traducirse en un mecanismo de acceso a la justicia.

atenten contra la sociedad y sus integrantes o contra los valores que permitan una convivencia armónica y respetuosa de las personas y sus derechos; pues tanto MCM como empresas, a través del ejercicio de la publicidad, tienen un compromiso importante hacia con la comunidad. En primer lugar debido a que se encuentran en una posición privilegiada al ser capaces de transmitir mensajes que serán recibidos por la sociedad y, en segundo lugar, debido a que dicho grupo será el que adquiera los productos o servicios promovidos a través de los medios ya referidos.

En este sentido, la Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado sobre la responsabilidad social de los MCM al señalar que ésta se orienta:

[...]en primer término al compromiso con los ideales democráticos, adquiriendo un sentido la libertad transmitida en ellos, no de prevalencia de intereses personales o de grupo sino, principalmente colectiva. Los medios impresos, radiales o televisivos, disponen de una capacidad no sólo para defender determinadas posiciones, sino que éstas deben encuadrarse en el marco del interés general para no convertir el poder de que disponen en agente de privilegios contrarios al pluralismo que se busca realizar.⁴³

La responsabilidad social de las empresas –también denominada responsabilidad social corporativa (RSC)– constituye un elemento de política institucional que ha sido adoptado con mayor frecuencia por múltiples empresas durante los últimos años. Al respecto, la RSC puede definirse como el conjunto de principios, acciones, políticas y programas encaminados hacia el respeto al entorno social y natural por medio de las cuales las empresas se hacen responsables de los impactos que sus actividades generan en los distintos ámbitos de la vida social. La RSC parte de un suelo mínimo establecido por la legislación internacional en materia laboral, social y de derechos humanos y alcanza su culminación o grado máximo de optimiza-

⁴³ Vid. Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T048/93*. Santafé de Bogotá, D.C., febrero quince (15) de mil novecientos noventa y tres (1993).

ción en los límites y metas que cada empresa desee alcanzar en el desarrollo de actividades empresariales responsables.⁴⁴ Así, este concepto puede hacerse extensivo a las empresas que realizan prácticas publicitarias a través de MCM, lo cual puede traducirse en el establecimiento de principios que permitan regir la actividad de los anunciantes tomando como base el compromiso hacia el respeto de los derechos y valores características de una sociedad y de sus integrantes.

La materialización de la RSC hace necesaria la adopción e implementación de ordenamientos que contengan reglas y principios básicos que permitan a los anunciantes autorregular su actuación e impacto publicitario en la comunidad. Ejemplo de ello lo constituye la existencia de diversos códigos de ética adoptados por organizaciones de autorregulación publicitaria de distintos países latinoamericanos.⁴⁵ Dichos ordenamientos, si bien no poseen un carácter vinculante, sí expresan, al menos, un compromiso por parte de las empresas de incidir de manera positiva en la audiencia receptora de sus mensajes aunque en realidad es justamente su carácter programático uno de los puntos más flacos de este tipo de autorregulaciones porque no agrupan a la totalidad de las empresas anunciantes sino que únicamente rigen a aquéllas con la voluntad de cooperar con los principios que consagran; dejando fuera a un amplio núme-

⁴⁴ RODRÍGUEZ CENTENO, JUAN CARLOS, “La Responsabilidad Social Corporativa. Nuevos Contenidos para la Comunicación Empresarial” en *Questiones Publicitarias Revista Internacional de Comunicación y Publicidad*, Vol. 1, núm. 10, 2005, p. 144.

⁴⁵ Argentina cuenta con un Código de Ética y Autorregulación Publicitaria adoptado por el Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP). Por su parte, en México, la Asociación Nacional de Publicidad (ANP) cuenta con un Código de Ética. Del mismo modo, en Venezuela existe un con Código de Ética Publicitaria; y a su vez Puerto Rico dispone de un ordenamiento político normativo en materia de publicidad adoptado por la Asociación de Agencias Publicitarias de Puerto Rico. En todos los casos, si bien existen referencias expresas a la no discriminación, particularmente los códigos argentino y puertorriqueño resultan ser los más completos en la medida en que introducen una protección específica relacionada con los distintas formas en que pueden transmitirse anuncios publicitarios.

ro de entidades comerciales que transmiten mensajes por conducto de los MCM.

Una forma de hacer frente a esta problemática puede ser la implementación de estímulos por parte del gobierno que permitan promover y fomentar prácticas y comportamientos voluntarios y socialmente responsables por parte de las empresas anunciantes, agencias publicitarias y medios de comunicación. Dichos estímulos pueden materializarse en la obtención de mayores puntajes en el proceso de licitaciones públicas; en el acceso a créditos superiores a favor de micro y pequeñas empresas; en el reconocimiento estatal a favor de empresas que cumplan con dichas prácticas; en la adquisición de mayor tiempo radio espacial para la transmisión de anuncios publicitarios así como en la obtención de deducciones tributarias adecuadamente reguladas.⁴⁶ El otorgamiento de dichos incentivos por parte del gobierno, puede constituir, a su vez, una práctica congruente con el principio de protección de los derechos humanos que tiene a su cargo en el ámbito de las relaciones entre el Estado y las empresas.⁴⁷

En el plano internacional, hace algunos años el que fuera Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Kofi Annan, dio cuenta de la necesidad de que las empresas comenzaran a adoptar una serie de directrices que les permitieran asumir compromisos relacionados con el respeto y observancia de los derechos humanos. Durante la Cumbre Económica Mundial de

⁴⁶ En el caso de Colombia, actualmente el Senado discute el Proyecto de Ley N° 70/2010 *“por la cual se definen normas sobre la responsabilidad social empresarial, la protección infantil y se dictan otras disposiciones”*. Dicho proyecto pretende promover la responsabilidad social de las empresas a fin de que éstas diseñen e implementen programas que tiendan al logro de objetivos sociales como la protección de la niñez, la erradicación del trabajo infantil y el respeto de los derechos humanos. *Vid.* Congreso de la República de Colombia, Proyecto de Ley 70 de 2010 Senado, publicado en la Gaceta del Congreso 494, 5 de agosto de 2010 disponible en: <http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3>.

⁴⁷ *Vid. infra*, p. 22.

Davos en 1999, el Secretario General de la ONU invitó a las empresas de todo el mundo a que sometieran sus actividades al tenor de nueve principios emanados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales de la Organización Mundial del Trabajo, de la Declaración de Copenhague y de la Declaración de Río de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo y Medioambiente. En conjunto, tales principios integrarían en un inicio lo que hoy se conoce como Pacto Mundial, el cual no constituye un documento de carácter normativo o de supervisión, sino que se ubica en el plano de los documentos susceptibles de ser utilizados en los procesos de autorregulación empresarial; razón por la que no existen mecanismos de supervisión directa ni de establecimiento de sanciones o repercusiones derivadas su incumplimiento o inobservancia.⁴⁸

El Pacto Mundial se integra por ejes principales relacionados con los derechos humanos, las condiciones laborales y el medio ambiente que en un primer momento incorporaban nueve principios rectores. Sin embargo, en el año 2004 los participantes de la Cumbre de Líderes del Pacto Mundial, celebrada en Nueva York, decidieron incluir un principio más relacionado con el combate a la corrupción; esta situación trajo como consecuencia una reestructuración de dicho Pacto de modo que en la actualidad se integra por un total de 10 principios rectores divididos en cuatro ejes principales, a saber: derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anticorrupción.⁴⁹

Con el objetivo de ejemplificar el alcance e impacto que ha tenido el Pacto Mundial en el ámbito mexicano, cabe señalar que a la fecha existen 678 instituciones mexicanas participantes en dicho pacto de

⁴⁸ ONU, Centro de Información de las Naciones Unidas para México (CINU), ¿Qué es el Pacto Mundial? Disponible en: <<http://www.cinu.org.mx/pactomundial/index.htm>>, página consultada el 13 de noviembre de 2014.

⁴⁹ ONU, United Nations Global Compact, *Los Diez Principios del Pacto Mundial*.

la cuales 393 corresponden al ámbito empresarial⁵⁰ y únicamente 14 se encuentran relacionadas con los MCM.⁵¹ En este contexto, es posible observar cómo tanto a nivel nacional e internacional se han intentado desarrollar mecanismos de autorregulación dirigidos de manera general a las empresas y, por extensión, a aquellas relacionadas con actividades publicitarias y MCM. Si bien dicho desarrollo ha servido como base para generar estructuras que permitan el fortalecimiento de una sociedad caracterizada por el respeto de los derechos humanos, es una realidad que el alcance y cumplimiento de dichos mecanismos se ven muchas veces limitados por la falta de voluntad o información a cargo de las empresas; por lo que cobra relevancia el análisis relacionado con el papel del Estado en la regulación de las empresas publicitarias a través de leyes y políticas públicas.

2. PRINCIPIOS RECTORES DEL ESTADO Y DE LAS EMPRESAS EN EL ÁMBITO DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

Durante los últimos años, el papel de las empresas en el ámbito de derechos humanos ha sido foco de atención y análisis por parte

⁵⁰ Es importante precisar que la adhesión al Pacto Mundial no se circunscribe únicamente a las empresas de carácter comercial, sino que instituciones públicas, organizaciones no gubernamentales, sindicatos y universidades pueden asumir el compromiso voluntario de dirigir sus acciones a la luz de los principios contenidos en él.

⁵¹ Las empresas mexicanas adheridas al Pacto Mundial en el ramo de los medios de comunicación son: Plstache; Diformex S.A de C.V; Rótula S.A de C.V; Adivor S.C.P; Operadora Expresa S.A de C.V; Cia. Periodística del Sol de Chihuahua S.A de C.V; Mega Medios S.A de C.V y Alkima Marketing Group. Esta información fue obtenida del buscador oficial de la página electrónica del Pacto Mundial a partir de la búsqueda específica por país disponible en < https://www.unglobalcompact.org/participants/search?utf8=%E2%9C%93&commit=-Search&keyword=&country%5B%5D=138&joined_after=&joined_before=&business_type=2§or_id=46&listing_status_id=all&cop_status=all&organization_type_id=&commit=Search >, página consultada el 13 de noviembre de 2014.

de organismos internacionales de promoción y defensa de derechos humanos. Esta situación responde al hecho de que en la actualidad las empresas desempeñan un papel protagónico en la vida de la sociedad al establecer relaciones de diversos tipos con las personas que la integran. Ejemplo de ello lo constituye la obligación de respetar los derechos laborales de las personas que trabajan para determinada compañía o la obligación dirigida a las empresas de contratar a personas con discapacidad o personas adultas mayores para la realización de actividades acordes con las capacidades y aptitudes de cada una de ellas. Asimismo, el papel de las empresas en materia de derechos humanos se ha diversificado en la medida en que son cada vez mayores las políticas o leyes que obligan a las empresas a adoptar actitudes de compromiso y respeto hacia algunos derechos humanos como el medio ambiente a través del fomento de la utilización de materiales biodegradables para la fabricación de productos o la obligación de consultar a pueblos o comunidades indígenas cuando se trate de actividades o proyectos a gran escala para la explotación de recursos naturales.

Desafortunadamente, en materia de publicidad aún no existen suficientes ordenamientos jurídicos que aseguren el respeto y la promoción de derechos humanos por parte de las empresas o de los MCM sino que la mayoría de las acciones emprendidas en este rubro son de carácter potestativo a través de la iniciativa o de las políticas institucionales de cada empresa (mecanismos de autorregulación). Pese a ello, el respeto y promoción de derechos humanos por parte de las empresas anunciantes no puede quedar únicamente a su arbitrio sino que se requiere de una constante y amplia participación del Estado. Es decir, es una tarea que debe realizarse de manera conjunta entre el Estado y las empresas constituidas en su territorio y que operen o tengan algún alcance en el mismo.

En este sentido, el Representante Especial del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas para la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras

Empresas, John Ruggie, ha señalado que existen tres principios rectores dirigidos al Estado y a las empresas que deben cumplirse para asegurar la salvaguardia en el goce y ejercicio de los derechos humanos de todas las personas.⁵² En el ámbito de la publicidad, tales principios pueden aplicarse de la siguiente manera:

1) Principio de Proteger: Este principio se traduce en la obligación del Estado de ofrecer protección frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.⁵³

Siguiendo este principio, el Estado tiene la obligación de emprender todo tipo de acciones, ya sean de carácter ejecutivo, legislativo o judicial, a efecto de regular la actuación de las empresas anunciantes para que aseguren la promoción y el respeto de los derechos humanos y evitar que, a través de la publicidad que se transmita en los MCM, vulneren o afecten tales derechos.

No obstante, tal parece que las disposiciones legales que regulan el ejercicio de los MCM, en relación con la publicidad, se han inclinado únicamente a establecer prohibiciones a las empresas, agencias publicitarias y MCM para impedir que éstas transmitan mensajes que puedan atentar contra los ideales o valores de la comunidad. Esta regulación no resulta suficiente para conseguir el fin establecido de proteger y promover derechos humanos, toda vez que únicamente cubre una arista consistente en una obligación de no hacer.

⁵² Vid. ONU, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, aprobado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su resolución A/HRC/17/31 durante su XVII periodo de sesiones, Ginebra, Suiza, 21 de marzo de 2011.

⁵³ *Ibidem*, p. 4.

Por ello, para que el Estado dé total cumplimiento al principio rector de proteger, es necesario que impulse políticas públicas y leyes que garanticen la promoción de derechos humanos por medio de anuncios publicitarios a cargo de las empresas anunciantes. Es decir, no basta con una política de abstención, sino que se requiere una política de acción consolidada y estructurada que permita alcanzar un pleno y efectivo respeto a los derechos humanos, haciendo uso del impacto y alcance que tiene la publicidad a través de los MCM.

2) Principio de Respetar: Este principio marca la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros y reparar las consecuencias negativas de sus actividades.⁵⁴

La responsabilidad de las empresas publicitarias en torno al respeto y promoción de derechos humanos, se traduce, *prima facie*, en el deber de verificar que los contenidos de sus mensajes no generen un impacto negativo en la comunidad o en las personas que la integran. Dicha obligación también implica que las empresas anunciantes adopten medidas tendientes a lograr que se incluyan mensajes que promuevan el contenido y respeto a derechos humanos.

Lo anterior sólo podrá lograrse en la medida en que las empresas anunciantes asuman un compromiso político y realicen un análisis previo del contenido de sus anuncios publicitarios, a través de un proceso de asesoramiento incluyente que permita la participación de personas expertas en derechos humanos, de grupos en situación de vulnerabilidad, de integrantes de la sociedad civil y de instituciones gubernamentales.

3) Principio de Remediar: Constituye la necesidad de mejorar el acceso de las víctimas de violaciones a derechos hu-

⁵⁴ *Idem.*

manos a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales.⁵⁵

La obligación enunciada en este principio va encaminada a que el Estado brinde los mecanismos adecuados y efectivos que permitan a las personas exigir el cumplimiento de las leyes y mecanismos de control que se hayan emitido en relación con el ejercicio responsable de la publicidad. En este rubro, el papel de los organismos jurisdiccionales y de los organismos de protección a los derechos humanos cobra total relevancia en la medida en que éstos serán quienes determinen si existe o no una vulneración a los derechos de las personas y de la sociedad derivada de alguna práctica publicitaria.

Uno de los beneficios que podría derivar de la asimilación jurídica de los principios rectores dirigidos a las empresas y al Estado, es que dicha situación permitiría hacer frente a las críticas y deficiencias que caracterizan a los mecanismos de autorregulación empresarial en materia de publicidad; lo que redundaría en un control más efectivo respecto del actuar de las autoridades y empresas, así como del contenido de los anuncios publicitarios, haciendo posible exigir acciones adecuadas y tendientes a la reparación por violaciones o afectaciones a los derechos humanos. Pero tal vez lo más importante sea que la implementación y regulación normativa de los tres principios rectores antes señalados podrían generar un equilibrio entre el ejercicio de prácticas publicitarias a través de los MCM y el respeto y garantía de los derechos humanos dentro de una sociedad pues haría posible el desarrollo de actitudes comprometidas y responsables por parte del Estado, las empresas publicitarias y los MCM en donde cada uno de dichos actores adoptarían estrategias comunes de promoción en derechos humanos.

⁵⁵ *Idem.*

VI. LA PUBLICIDAD COMERCIAL COMO MECANISMO DE EDUCACIÓN Y PROMOCIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Retomando los argumentos sobre el alcance e impacto que tiene la publicidad a través de los MCM, resulta imposible desconocer el papel potencial de transformación que puede desempeñar la publicidad en la ideología, las actitudes y los comportamientos de la sociedad en relación con los derechos humanos. En este sentido, la publicidad puede ser utilizada como un mecanismo de capacitación y difusión de información orientada a crear una cultura universal en la esfera de los derechos humanos mediante la transmisión de conocimientos, la enseñanza de técnicas y la formación de actitudes para promover el respeto a los derechos humanos, lo que la convertiría en una técnica y una herramienta de educación en derechos humanos.⁵⁶

La publicidad puede promover la educación en derechos humanos a través de la eliminación de estereotipos y prejuicios derivados de condiciones o preferencias sociales tales como la religión, la raza, la orientación sexual, la nacionalidad; así como a través de la inclusión de grupos que, por su situación especial de vulnerabilidad, se encuentren excluidos o marginados del ámbito social, jurídico, laboral, económico o cultural en una comunidad. Desde esta perspectiva, hoy en día es común apreciar a través de los MCM anuncios publicitarios con un claro contenido discriminatorio hacia las mujeres en los que se les ubica en roles y actividades caracterizadas por estereotipos arraigados en una cultura machista o en los que se les muestra como un objeto sexual que los hombres pueden

⁵⁶ *Vid.* Proyecto revisado del plan de acción para la primera etapa (2005-2007) del Programa Mundial para la educación en derechos humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo noveno periodo de sesiones, A/59/525/Rev.1.

poseer.⁵⁷ Esta situación ha sido analizada con mayor precisión en España, donde de acuerdo con datos del Observatorio Andaluz de la Publicidad No Sexista, las empresas que promocionan productos de salud y belleza masculina como desodorantes, shampoos, cremas de afeitar, rasuradoras, entre otros, son las más denunciadas por las y los usuarios por transmitir mensajes publicitarios con altos contenidos sexistas.⁵⁸ De igual forma, en México, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) ha documentado alrededor de 85 quejas sobre presuntos actos de discriminación en contra de mujeres en MCM.⁵⁹

En este contexto de discriminación en contra de las mujeres, un ejemplo que podría caracterizar a la publicidad como mecanismo de educación en derechos humanos sería la transmisión de anuncios en MCM de ciertos productos como detergentes en los cuales la imagen principal sea la de un hombre que realice una labor que durante mucho tiempo se ha creído es única para las mujeres. De esta forma, se estaría en la posibilidad de eliminar un prejuicio basado en un estereotipo de género. Esta situación ya fue abordada por la marca Henkel Ibérica S. A. en España quien al momento de

⁵⁷ Vid., CONAPRED, Boletín de Prensa 057/2011 “*Persiste discriminación hacia las mujeres dentro de la publicidad: Conapred – Inmujeres*”, 12 de septiembre de 2011, disponible en <http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=boletin&id=378&id_opcion=103&op=213>.

⁵⁸ Vid. *Observatorio Andaluz de Publicidad No Sexista. Informe Anual 2011*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, Andalucía, España, 2011.

⁵⁹ Esta información fue obtenida a partir de una solicitud de acceso a la información pública en la que se preguntó a dicho organismo si contaba con algún mecanismo para la recepción de quejas por anuncios discriminatorios transmitidos en MCM; el número de quejas recibidas; los grupos principalmente afectados y el trámite y estado de cada una de las quejas. La solicitud de información fue recibida por el organismo el 3 de julio de 2012 y respondida a través del oficio CONAPRED/DGAQyR/163/2012 el 17 de julio del mismo año.

anunciar un detergente para ropa utilizó la imagen de un hombre como protagonista del anuncio publicitario.⁶⁰

Todo este tipo de manifestaciones relacionadas con la publicidad comercial y derechos humanos han llevado a que en España, por ejemplo, las autoridades hayan adoptado diversas disposiciones normativas que regulan precisamente la transmisión de mensajes e ideas publicitarias —sobre todo aquellas con contenido machista o sexista— como la Ley Orgánica 1/2004 cuyo Título I, Capítulo III, hace mención expresa del papel que debe desempeñar la publicidad comercial señalando que será ilícita toda aquella publicidad que muestre a las mujeres con carácter vejatorio o discriminatorio. Asimismo, dicha ley apunta que los MCM deben transmitir mensajes que fomenten la protección y salvaguardia de la igualdad entre hombres y mujeres, evitando de mayor manera actitudes de discriminación.⁶¹

En un plano similar, las personas pertenecientes a la comunidad lésbico, gay, bisexual, transexual, travesti, transgénero e intersexual (LGBTI), al igual que las mujeres, constituyen un grupo social que se enfrenta a un escenario de discriminación en el marco de la publicidad comercial,⁶² caracterizado también por las concepciones e ideas que rigen a sociedades machistas y heterocentradas. Es una realidad que en la mayoría de las sociedades aún no se transmiten anuncios publicitarios que presenten contenido homosexual (principalmente en televisión); lo cual hace posible que la sociedad siga

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de 2004, *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 29 de diciembre de 2004, BOE núm. 313.

⁶² De acuerdo con información del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), las personas de la diversidad sexual son las más afectadas por la transmisión de mensajes discriminatorios en MCM en México, pues dicho organismo ha registrado un total de 188 quejas por actos presuntamente discriminatorios vinculados con medios de comunicación. *vid.*, solicitud de acceso a la información pública, n. 57.

adoptando y arraigando patrones estigmatizantes en contra de las personas que pertenecen a dicha comunidad y que perpetúan actitudes de intolerancia y discriminación hacia ellas.

En la actualidad, son pocas las empresas que anuncian sus productos o marcas a través de anuncios publicitarios con contenido homosexual y la gran mayoría de ellas lo hace a través de medios de comunicación impresos como revistas o incluso a través de Internet. Sobre este particular, vale la pena señalar que, en gran medida, son las marcas de ropa las que promueven actitudes de respeto y visibilización de los derechos humanos de las personas homosexuales; a manera de ejemplo podrían señalarse casos como los de la marca de ropa Dolce & Gabbana la cual ha cobrado mayor fama por la utilización de modelos homosexuales que expresan actitudes de la misma naturaleza. Otras marcas que han utilizado este tipo de estrategias publicitarias son RayBan, Levis, GAP y JC Penney.

Respecto a la comunidad LGBTI, la publicidad puede jugar un papel trascendental en lo que respecta a la promoción y respeto de sus derechos humanos mediante la transmisión de anuncios publicitarios que contribuyan a la erradicación de patrones discriminatorios sobre la base de la orientación o la preferencia sexual de las personas, así como sobre los distintos estilos de vida que deseen adoptar y que impacten en la configuración de identidades personales, sociales y familiares. La publicidad comercial puede ser un mecanismo de utilidad para eliminar la concepción generalizada que se tiene sobre la familia a partir de su integración heterosexual por medio de anuncios publicitarios que expresen la conformación familiar de parejas homosexuales y la posibilidad de éstas de adoptar a niñas y niños.

En este sentido, la campaña publicitaria de la conocida tienda estadounidense de ropa JC Penney es un ejemplo de publicidad con enfoque de derechos humanos a favor de la integración familiar de personas homosexuales. Con motivo de la celebración del día de la madre y del padre, dicha tienda lanzó dos anuncios publicitarios

que mostraban a familias integradas por madres y padres homosexuales en compañía de sus hijas e hijos. Dicha campaña publicitaria no tardó en generar reacciones en la sociedad, sobre todo en las corrientes más conservadoras y religiosas, pues la organización de madres *One Million Moms* comenzó una campaña de denuncia y sabotaje en contra de la empresa, argumentando que su publicidad atentaba contra los valores de dios y la Biblia. La organización *One Million Moms* ha llevado acabo acciones similares en contra la marca GAP denunciando su campaña publicitaria *Be One* que, al igual que la de JC Penney, muestra a parejas homosexuales.⁶³

Pese a lo señalado anteriormente, no es posible perder de vista que la publicidad con enfoque homosexual, en algunos casos, puede fomentar también actitudes de discriminación u homologación de identidades o patrones físicos y sociales que no necesariamente respondan de manera objetiva a los distintos conceptos y modelos de homosexualidad. Por ello, es importante que las empresas que realicen prácticas publicitarias desde un enfoque de derechos LGBTI sean conscientes y responsables de no imponer un estilo o modelo único de sexualidad, invisibilizando así los estilos de vida de otras personas o grupos pertenecientes a dicha comunidad.

Por último, y sin la intención de entrar a un análisis específico de otros grupos en situación de vulnerabilidad, es importante hacer mención que la publicidad comercial, al igual que lo hace con las mujeres y las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI, puede ayudar a que las personas indígenas, las y los niños, las personas adultas mayores, las personas con discapacidad y las minorías étnicas perciban un entorno de mayor inclusión y no discriminación en la sociedad en la que se inscriben.

⁶³ La información relativa a las acciones emprendidas por la organización *One Million Moms* puede consultarse en la siguiente página de Internet: <<http://onemillionmoms.com/>>.

VII. CONCLUSIONES

El discurso comercial, al encuadrarse en la protección otorgada por los derechos a la libertad de expresión y de información, se coloca como un elemento que resulta de necesidad e importancia en el marco de una sociedad democrática, pues su ejercicio, más allá de fomentar prácticas de consumo entre las personas, también otorga herramientas valiosas que permiten la modificación estructural de situaciones generadoras de injusticia social. La utilización de la publicidad comercial para la consecución de tales fines ofrece ventajas importantes en relación con otros mecanismos de comunicación tales como el carácter persuasivo que la caracteriza, su producción cada vez más sistematizada, el alcance que ésta puede tener con el apoyo de los medios de comunicación masiva, las formas y técnicas creativas utilizadas para captar la atención de las personas, para generar mecanismos de aprehensión e identificación y, por ende, para obtener respuestas deseadas en menor tiempo.

Gracias a la utilización e implementación adecuada de las características antes mencionadas, es que la situación de los derechos humanos dentro la sociedad puede mostrar cambios significativos en beneficio de distintos grupos y personas en situación de vulnerabilidad. Esto trae como consecuencia necesaria el fortalecimiento de las bases que permitan consolidar una sociedad más inclusiva, plural, tolerante y respetuosa de las características y diferencias de cada persona y grupo, promoviendo así un ambiente armonioso en el que las personas puedan desarrollarse de manera óptima. Sin embargo, es importante también sobreponerse a aquella concepción que ubica al ejercicio de la publicidad comercial desde la perspectiva de derechos humanos como una carga o deber desproporcionado impuesto a las empresas anunciantes y como una intromisión en la toma de decisiones y en el ejercicio de sus políticas institucionales. Las empresas deben adoptar conciencia en cuanto a que el cumplimiento de dichas obligaciones podría traerles importantes beneficios en la

percepción que la sociedad tenga de sus productos o marcas y, por ende, en el incremento de sus ventas y ganancias económicas. No obstante, estos beneficios no necesariamente se encuentran dirigidos únicamente a las grandes empresas, sino que la implementación de políticas y programas institucionales por parte de pequeñas y medianas empresas, también, pueden generarles posibilidades de apoyo o financiamiento por parte del Estado, siempre que para ello exista una adecuada regulación de incentivos y estímulos empresariales.

En la medida en que las personas den cuenta que una determinada marca o empresa promueve y desarrolla un compromiso con ellas y con sus derechos fundamentales, posiblemente provoque que adquieran dichos productos en mayor medida. De esta forma, la publicidad como mecanismo de educación y promoción en derechos humanos podría llevar a las empresas anunciantes, agencias publicitarias y MCM a desarrollar, como efecto secundario y no intencional, una publicidad de tipo corporativo, la cual tiene como objetivo establecer una actitud favorable hacia la empresa por parte de la sociedad o comunidad.⁶⁴ Por su parte, el Estado y sus autoridades también deben adoptar medidas adecuadas de cualquier índole con el objetivo de asegurar no sólo que las empresas anunciantes y los medios de comunicación masiva no transmitan mensajes que atenten contra el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas sino que además deben desarrollar mecanismos adecuados que hagan posible que dichos actores promuevan el respeto y la tolerancia de todas las características, identidades y formas de vida que tienen cabida en una sociedad plural y no precisamente homogénea. En este sentido, el desarrollo y los avances logrados a nivel internacional, así como por tribunales constitucionales de distintos Estados, constituyen referentes indispensables a utilizar al momento de que las autoridades analicen e interpreten el ejercicio de la publicidad comercial desde un enfoque de derechos humanos.

⁶⁴ O'GUINN, THOMAS, ALLEN, CHRIS, y SEMENIK, RICHARD, *Publicidad*, Ed. Internacional Thomson Editores, 1999, pp. 555 y 556.

EL DESARROLLO DE LAS INMUNIDADES DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES A TRAVÉS DE LAS CONTESTACIONES NACIONALES

MATEJA STEINBRÜCK PLATISE¹

RESUMEN: El goce de las inmunidades jurisdiccionales de las organizaciones internacionales se basa, sobre todo, en su necesidad funcional. Los tribunales nacionales enfrentan un dilema. Pueden respetar dicha inmunidad o garantizar el acceso a un recurso jurídico a las personas afectadas por un hecho ilícito cometido por una organización.

PALABRAS CLAVE: *Organizaciones Internacionales, Inmunidad Jurisdiccional, Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, Iure Imperii, Iure Gestionis.*

ABSTRACT: The development of the immunities of international organizations is based on functional necessity. In this context, domestic courts are faced with two conflicting obligations under international law: the immunities of international organisations or the access to justice as a human right.

KEY WORDS: *International Organizations, Jurisdictional Immunity, Alternative Dispute Resolution, Iure Imperii, Iure Gestionis.*

SUMARIO: I. Introducción; II. La expansión de las peticiones de inmunidad por parte de las OI; III. Contestaciones de los tribunales nacionales; IV. Recepción en el derecho internacional. V. Esbozando un marco normativo para la interacción entre las cortes nacionales y las instituciones internacionales.

¹ Profesora de la Universidad de Heidelberg, Alemania. Traducción de Octavio Vara, al cuidado de la autora.

I. INTRODUCCIÓN

Por mucho tiempo, el derecho internacional reguló campos de las actividades sociales altamente especializados y bien definidos. Una gran parte de ellos consistían en obligaciones convencionales técnicas específicamente delimitadas que se referían a asuntos exteriores con una significancia política baja: las relaciones diplomáticas y consulares, la entrega internacional del correo, la aviación internacional, entre otros.² Las normas y estándares internacionales, incluyendo aquellas adoptadas por los organismos internacionales, se dirigían primordialmente a los Estados. Así, a las organizaciones internacionales (OI) se les encomendaron actividades limitadas, por lo que empleaban relativamente pocos funcionarios. Por consiguiente, en situaciones donde las OI cometían actos ilícitos, dichos actos se constreñían a los campos reducidos de sus actividades y afectaban directamente a un número restringido de individuos y otras entidades privadas. Como resultado, en raras ocasiones fueron presentadas demandas en contra de las OI en los tribunales nacionales. Cuando tales disputas surgían, las cortes lidiaban con ellas de manera casuística y la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de las OI en las cortes nacionales no fueron una preocupación mayor.³

Con el aumento en número y tamaño de las OI, las inmunidades comenzaron a ser reguladas a nivel internacional. Cuando la Organización de las Naciones Unidas (ONU) fue establecida,

² MATTHIAS KUMM, "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis" (2004), en *15 European Journal of International Law* 907, 912; JAN KLABBERS, *An Introduction to International Institutional Law* (2ª ed., Cambridge; Nueva York, Cambridge University Press, 2009) 14-20; Joseph H. H. WEILER, "The Geology of International Law: Governance, Democracy and Legitimacy" (2004), en *64 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 547, 549-552.

³ MICHAEL SINGER, "Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns" (1995), en *36 Virginia Journal of International Law* 53, 59.

las disposiciones de la Carta de la ONU concedían al organismo personalidad jurídica así como los privilegios e inmunidades necesarias para el cumplimiento de sus propósitos.⁴ Posteriormente, los alcances de esas inmunidades fueron establecidos en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, la cual establece que la organización “gozará de inmunidad contra todo procedimiento judicial a excepción de los casos en que renuncie expresamente a esa inmunidad”.⁵ Los instrumentos constitutivos de otras OI y sus tratados de implementación contienen preceptos similares.⁶ Las disposiciones sobre el alcance de las inmunidades dieron origen a la doctrina de la “necesidad funcional”, la cual propone que las OI gozan de esas inmunidades debido a que estas son necesarias para el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de sus objetivos y fines.⁷

Sin embargo, la práctica ha demostrado que las OI reivindican sus inmunidades ante las cortes nacionales sin a la vez someterse a algún mecanismo alternativo de solución de controversias para que se conozcan los reclamos presentados en su contra. Así, el recelo de las OI de resolver controversias con individuos y otras entidades privadas resulta en la privación sistemática de su acceso a recursos jurídicos, y usualmente los deja sin un foro en el que puedan di-

⁴ Carta de las Naciones Unidas, 26 junio 1945, 1 UNTS XVI (en vigor 24 octubre 1945) (1945) Art. 105 (1). En el segundo párrafo, una disposición similar es añadida con respecto a los representantes de los Estados y los funcionarios de la ONU.

⁵ Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, 13 febrero 1946, 1 UNTS 15 (en vigor desde el 17 septiembre 1946) (1946) Art. 2(2).

⁶ *Vid.*, por ejemplo: Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados, 33 UNTS 261 (en vigor desde el 2 diciembre 1948) Art. 3(4); Carta de la Organización de los Estados Americanos, 119 UNTS 3 Art. 133; Estatuto del Consejo de Europa, 87 U.N.T.S. 103, ETS 1 Art. 40.

⁷ Para una visión general desde el enfoque de la necesidad funcional, *vid.*, PETER H. F. BEKKER, *The Legal Position of Intergovernmental Organizations: A Functional Necessity Analysis of Their Legal Status and Immunities* (Dordrecht; Boston, M Nijhoff, 1994).

rimir sus demandas, ya sea en el plano nacional o internacional.⁸ Asimismo, este recelo de las OI de dirimir conflictos presenta un dilema para las magistraturas locales, quienes se encuentran ante dos obligaciones internacionales en conflicto: por una parte, están obligadas a respetar las inmunidades de las OI;⁹ por otra parte, también deben garantizar el derecho de acceso a los tribunales y el derecho de los individuos y otras entidades privadas a un recurso jurídico.¹⁰ Además, el acceso a la justicia como un derecho humano es usualmente protegido a nivel constitucional y es parte esencial del Estado de Derecho.¹¹ De este modo, las normas internacionales sobre las inmunidades de las OI pueden también contravenir el Estado de Derecho nacional, en el sentido de que todo ejercicio público de autoridad sobre los individuos y otras entidades privadas debería estar sometido a un control jurisdiccional.¹²

⁸ Para uno de los ejemplos más recientes *vid.*, la declaración del Secretario General de la ONU de 21 de febrero de 2013 en donde se solicita inmunidad para la ONU en relación con el brote de cólera en Haití supuestamente causado por tropas de ONU, disponible en: <<http://www.un.org/sg/statements/?nid=6615>> (último acceso octubre 2013).

⁹ Además del derecho de los tratados, la obligación deriva parcialmente del derecho internacional consuetudinario y los principios generales del Derecho; *vid.*, JAMES CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Principles of Public International Law* (8a ed., Oxford, Oxford University Press, 2012) 652-655, con mayores referencias.

¹⁰ Sobre la obligación de otorgar inmunidades a las OI *vid.*, la Sección II (A) del presente capítulo. Sobre la obligación de respetar el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a un recurso, *vid.*, la Sección III (A).

¹¹ Sobre el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a un recurso como derechos constitucionales *vid.*, los ejemplos discutidos en las Secciones III (A) y (B).

¹² Sobre la ausencia de un control jurisdiccional sobre los actos de las OI como parte de un problema general de legitimidad de las OI *vid.*, ARMIN VON BOGDANDY, PHILIPP DANN y MATTHIAS GOLDMANN, "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities" en A. VON BOGDANDY, *et al.*, (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law* (Springer, 2009) 1379-1380.

En el presente capítulo,* en la sección II, analizaré primero algunos de los razonamientos teóricos y prácticos sobre las dificultades que el respeto de las inmunidades de las OI representa para las cortes nacionales. En particular, mostraré el conflicto que existe entre el aumento de los poderes y competencias de las OI, las cuales solicitan el respeto a las inmunidades absolutas ante las cortes nacionales, así como el rechazo de las OI a someterse a mecanismos alternativos de solución de controversias que puedan compensar la ausencia de jurisdicción por parte de los tribunales nacionales. En la sección III, examinaré cómo los tribunales nacionales responden a estas dificultades en el contexto del desarrollo de los derechos humanos y el derecho constitucional, en particular al cuestionar el alcance absoluto de las inmunidades de las OI. Los tribunales nacionales objeto de análisis fueron seleccionados en razón de la contribución que han aportado al desarrollo del derecho internacional en torno a las inmunidades de las OI. Los efectos producidos por la práctica de las cortes nacionales en el derecho internacional serán estudiados en la sección IV, donde me enfocaré en aquellos actores internacionales que han abordado el tema de la legalidad y legitimidad de las contestaciones judiciales nacionales al alcance absoluto de las inmunidades de las IO. Con base en el análisis de la práctica de las cortes nacionales realizado en la sección III y su recepción en el derecho internacional en la sección IV, en la sección V trataré de proponer un marco normativo bajo el cual los jueces de un Estado sean capaces de influenciar el desarrollo del derecho internacional en la materia y así participar activamente en su creación. Consecuentemente, trataré de señalar que, además del papel de los tribunales nacionales para asegurar el Estado de Derecho en el plano nacional, también deberá reconocerse su potencial para contribuir al Estado de Derecho a nivel internacional. Esta doble función podría prevenir que la autoridad pública

* El presente artículo forma parte de una obra conjunta. *Vid.*, KANETAKE, MACHIKO y ANDRÉ NOLLKAEMPER, (eds.) *The Rule of Law at the National and International Levels: Contestations and Deference* (Hart Publishing, Oxford). [N.T.]

ejercida sobre los individuos, ya sea a nivel local o supranacional, pueda escapar de un control jurisdiccional. A manera de conclusión, se valorará la relevancia de este desarrollo para la futura interacción entre las cortes nacionales con las instituciones internacionales, así como entre los ordenamientos jurídicos a los cuales los tribunales y las instituciones pertenecen.

II. LA EXPANSIÓN DE LAS PETICIONES DE INMUNIDAD POR PARTE DE LAS OI

1. AUSENCIA DE DIFERENCIACIÓN ENTRE ACTOS DE *IURE IMPERII* Y DE *IURE GESTIONIS*

Mientras que un gran número de instrumentos¹³ otorgan inmunidades a las OI en la medida necesaria para el cumplimiento de sus propósitos, estos instrumentos no estipulan los actos que las OI pueden ejercer como parte de tales propósitos. En consecuencia, las interpretaciones sobre los alcances de las inmunidades han sido controvertidas y han conllevado a conclusiones diversas, e incluso contradictorias. Por una parte, las OI usualmente aseveran que únicamente las inmunidades absolutas cubren el requerimiento de la necesidad funcional.¹⁴ Por otra parte, las cortes nacionales han sido

¹³ Las normas relativas a los privilegios e inmunidades de las OI son en algunas ocasiones comparadas a un laberinto de tratados y otros instrumentos jurídicos, incluyendo a la legislación nacional, *vid.*, KLABBERS, *An Introduction to International Institutional Law* (nota 2) 155. Para una de las primeras discusiones de este problema, *vid.*, DAVID B MICHAELS, *International Privileges and Immunities: A Case for a Universal Statute* (La Haya, Martinus Nijhoff, 1971).

¹⁴ *Vid.*, *v. g.*, la petición de la Organización de Estados Americanos así como los informes *amici curiae* de la ONU, el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización Nacional de Telecomunicaciones Satelitales en el caso *Broadbent v Organization of American States*, Corte de Apelaciones de los EUA, 628 F 2d 27 (DC Cir 1980); *Atkinson v Inter-American Development Bank*, Sentencia de Apelación, 156 F 3d 1335 (DC Cir 1998); *OSS Nokalva, Inc v European Space Agency*, Sentencia de Apelación, 617F 3d

mucho menos inequívocas al interpretar los alcances de esas inmunidades.¹⁵ Dichas interpretaciones han variado de un juzgador a otro,¹⁶ de un país a otro,¹⁷ y también han cambiado con el tiempo.¹⁸ Las cortes nacionales solían ser bastantes generosas al otorgar inmunidades absolutas a las OI, comúnmente bajo el argumento de que únicamente la protección más amplia podría asegurar su actuar independiente. De hecho, cuando las OI surgieron, a éstas se les había encomendado funciones limitadas, sus propósitos estaban bastantes definidos y mantenían una posición endeble *vis-à-vis* los Estados.¹⁹ Por lo tanto, para garantizarles un actuar independiente, sus inmunidades requerían de un alcance más amplio, generalmen-

756 (3° Cir 2010), *vid.*, también la nota sobre el caso en ILDC 1580 (US 2010); *Killeen v International Centre of Insect Physiology and Ecology*, Primera instancia, Alta Corte de Nairobi, Caso Civil 1737 de 2002, para la nota del caso *vid.*, ILDC 77 (KE 2005); *General Secretariat of the African, Caribbean and Pacific Group of States v. BD*, Corte Belga de Casación, Sentencia de apelación final, Cass nr C 07 0407 F, para el análisis del caso *vid.*, ILDC 1576 (BE 2009).

¹⁵ Para un estudio general *vid.*, AUGUST REINISCH, *International Organizations Before National Courts* (Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2000) 206.

¹⁶ *Cfr.*, *v. g.*, las diferentes sentencias de las cortes neerlandesas sobre este caso: *Mothers of Srebrenica v. the State of the Netherlands and the United Nations*: Caso No. 295247/HA ZA 07-2973; *Mothers of Srebrenica et. al. v. The State of the Netherlands and the United Nations* (2008) (Países Bajos, Corte de Distrito en La Haya, Sentencia de 10 de julio de 2008); Caso No. 200022151/01 *Mothers of Srebrenica et. al. v. The State of the Netherlands and the United Nations* (2010) (Corte de Apelaciones de La Haya, sentencia de 30 de marzo de 2010); *Mothers of Srebrenica v Netherlands and United Nations, sentencia final apelatoria* (2012) LJN: BW1999; ILDC 1760 (NL 2012) (Países Bajos, Suprema Corte, 13 de abril de 2012). *Vid.*, Sección IV del presente artículo.

¹⁷ *Cfr.*, *v. g.*, *African Development Bank v Mr X*, Corte Francesa de Casación, Sala de Apelaciones No. 04-41012, ILDC 778 (FR 2005) con *Weinstock v Asian Development Bank and Others*, Corte de Distrito de EUA, acción civil No. 1:05-CV-00174, 13 de julio de 2005, (EUA 2005).

¹⁸ Sobre la jurisdicción de los EUA, *cfr.* el anterior precedente en el caso *Atkinson* con el nuevo precedente establecido en el caso *Nokalva* (nota 14).

¹⁹ C. WILFRED JENKS, *International immunities*. (Londres; New York, Stevens; Oceana Publications, 1961) 40-41.

te absoluto. Igualmente, de manera tradicional, las inmunidades de las IO también fueron asimiladas con las inmunidades de los Estados, los cuales, del mismo modo, gozaban de inmunidades absolutas.²⁰ En ese sentido, el *Acta de las Inmunidades de las Organizaciones Internacionales*, codificada por los Estados Unidos de América en 1945, retoma el espíritu de ese momento, disponiendo que “[l]as organizaciones internacionales... gozarán de la misma inmunidad de jurisdicción y ante cualquier forma de proceso judicial de igual forma que los gobiernos extranjeros...”.²¹ En *Branno v Ministry of War*, la Corte Italiana de Casación incluso se refirió a la “soberanía” de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN).²²

Una de las razones de la tradicional equivalencia entre las inmunidades de las OI y las inmunidades de los Estados puede yacer en el hecho de que las OI no fueron originalmente conceptualizadas como personas jurídicas distintas a los Estados, sino que más bien fueron consideradas como entidades colectivas que representaban a los Estados Miembros.²³ Por consiguiente, parecía lógico extender las inmunidades de los Estados o de sus diplomáticos a aquellas organizaciones y sus funcionarios.²⁴ Particularmente, las primeras leyes sobre inmunidades parecen reflejar esa equivalencia con los Estados como justificación para conceder inmunidades de jurisdicción a las OI.²⁵ Así, muchos de los primeros casos relativos al otor-

²⁰ SINGER, “Jurisdictional Immunity of International Organizations” (nota 3) 58-65.

²¹ Código 22 de los EUA § 288 a (b) (1994).

²² *Branno v Ministry of War*, Corte de Casación, Riv. Dir int., 22 ILR 756, 757 (1955).

²³ B. FAßBENDER, “Die Völkerrechtssubjektivität internationaler Organisationen, (1986), en 37 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht* 17, 20.

²⁴ REINISCH, *International Organizations Before National Courts* (nota 15) 259.

²⁵ Similar al Acta de Inmunidades de las Organizaciones Internacionales de los EUA, *supra* nota 20, el Acta del Reino Unido sobre Privilegios Diplomáticos (Extensión) de 1944 reconoce inmunidad a las OI en la misma medida que a los Estados; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1977) vol. II Parte Uno,

gamiento de inmunidades a las OI en cortes nacionales se basaron en la premisa de que las OI eran entes colectivos representando a los Estados, por lo que debían ser tratados como Estados.²⁶

Sin embargo, mientras que las inmunidades de los Estados se han limitado cada vez más a los actos *de iure imperii*, discerniendo los actos soberanos de los actos considerados como *de iure gestionis*, tal diferenciación no ha sido instaurada con respecto a las OI. A pesar de que un gran número de académicos abordaron la posibilidad de hacer la diferenciación entre actos de comercio y los actos públicos de las OI,²⁷ los tribunales nacionales usualmente han vacilado en aplicar esta doctrina.²⁸ De hecho, la distinción ha sido

152. En su mensaje del 4 de agosto de 1919, relacionado con la Sociedad de la Naciones, el Consejo Federal de Suiza declaró que es “natural que la Sociedad de las Naciones se beneficie de los mismos privilegios e inmunidades como cualquier Estado con el que [Suiza] mantenga relaciones diplomáticas; citado en P Freymond, “Remarques sur l’immunité de juridiction des organisations internationales en matière immobilière” (1955-6), en *53 Freiedens-Warte* 365, 366.

²⁶ REINISCH, *International Organizations Before National Courts*, (nota 15) 259.

²⁷ N. VALTICOS, “Les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées, Rapport provisoire et projet de résolution - Rapport définitive et projet de résolution” (1977), en *Anuario del Instituto de Derecho Internacional* 1, 3; IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, “L’immunité de juridiction des Communautés européennes” (1990), en *Revue du Marché Commun* 475, 151; HENRY G. SCHERMERS, “International Organizations, Legal Remedies against Acts of Organs” en R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (2ª ed., Norte de Holanda, 1995) 1318, 1318. Cfr. R. HIGGINS, *Problems and Processes: International Law and How We Use It*, (1994) 93.

²⁸ La diferencia puede rastrearse a la jurisprudencia de algunos países, en particular a la más reciente de los EUA posterior a la adopción del caso *Nokalva*, *supra* nota 14, y en casos anteriores italianos, *vid.*, v. g., *Branno v Ministry of War*, Corte de Casación, Riv. Dir. Int. (1955), 352, 22 ILR 756; *Porru v FAO*, 25 de junio de 1969, Corte de primera instancia de Roma (Sala Laboral) [1969] UNJYB 238, *FAO v INPDAL*, Suprema Corte de Casación, 18 de octubre de 1982 [1982] UNJYB 234, cuyo criterio fue abandonado en *FAO v Colagrossi*, Corte de Casación, 18 de mayo de 1992, No. 5942, 75 RivDI (1992), 407, donde la Suprema Corte de Italia reconoció la inmunidad de jurisdicción absoluta de la organización internacional demandada.

ocasionalmente revisada por algunos tribunales, por ejemplo, en el caso *League of Arab States v. TM*, en donde un juez de apelaciones en Bélgica sostuvo en una controversia laboral que se trataba de un *actium iure gestionis*, al cual, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, no le correspondía inmunidad alguna.²⁹ Consideraciones similares fueron aceptadas por los tribunales rusos en el caso contra la *Compañía Internacional Radiodifusora Interestatal "MIR"* (*International Inter-State Broadcasting Company "MIR"*). El que la petición de inmunidad de jurisdicción fue rechazada a dicha OI respecto de determinadas actividades empresariales, ya que éstas fueron consideradas como ajenas a sus fines funcionales.³⁰ En el caso *Greenpeace Nederland v Euratom*, una corte de apelaciones de los Países Bajos fue un paso más allá y rechazó la petición de inmunidad de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EU-RATOM) después de haber analizado las frecuentes violaciones al orden jurídico nacional cometidas por esa OI, decidiendo que éstas no podrían ser consideradas como parte de la supuesta misión de la organización y que estas no se relacionaban directamente con el cumplimiento de sus propósitos.³¹ Sin embargo, la decisión del tribunal de apelaciones fue revertida por la Suprema Corte de los

²⁹ *League of Arab States v TM*, Corte de Casación de Bélgica, ILDC 42 (BE 2001). Esta distinción también se evidencia en la jurisprudencia de otros países, en particular los casos estadounidenses más recientes posterior al Caso Nokalva (nota 16); para un caso ruso *vid.*, *State Tax Service v (Anonymous) An International Organization, Decision on 'nadzor review'*, Corte Suprema Mercantil de Rusia, 18 de enero de 2001, ILDC 26 (RU 2001), para un caso mexicano *vid.* Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa, Amparo en Revisión 348/2001, Reg. num. 17498, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVII, marzo de 2013.

³⁰ *State Tax Service v (Anonymous) An International Organization, Decision on 'Nadzor review'* ILDC 26 (RU 2001) (Rusia, Suprema Corte Mercantil, 18 de enero de 2001).

³¹ El razonamiento de la Corte de Apelación fue explicado en la sentencia de la Suprema Corte, LJN: BA9173, Suprema Corte de los Países Bajos, 01984/07 CW, 13 de noviembre de 2007.

Países Bajos, la cual se negó a revisar los actos de la OI bajo la presunción de que la EURATOM pudo haber ejecutado sus funciones sin haber cometido las supuestas acciones delictivas.³² En general, los tribunales nacionales prefieren evitar hacer distinciones entre actos *de iure imperii* y actos *de iure gestionis*.³³

Por lo tanto, mientras que la doctrina absoluta de las inmunidades de las OI es aún considerada como un argumento válido frente a las cortes nacionales, la misma posición privilegiada de los Estados en relación con sus inmunidades jurisdiccionales ha sido desafiada en la mayoría de los tribunales nacionales como una cuestión de “justicia para los demandantes”³⁴ y del “Estado de Derecho”.³⁵ En particular, tal cuestionamiento se basó en el argumento que las inmunidades absolutas de los Estados conllevan a una denegación de los recursos judiciales de los individuos para la reivindicación de sus derechos contra el Estado en cuestiones contractuales y extracontractuales.³⁶ Por tal razón, la doctrina absoluta de las inmunidades de los Estados fue considerada como obsoleta y se ha restringido a los actos *de iure imperii*.

³² *Ibidem*.

³³ Para una serie de ejemplos *vid.*, Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima v Itaipú, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, S.C.M. 1109 XXIX, 5 de febrero de 1998; Company Baumeister Ing Richard L v. O, Corte Suprema de Austria, ILDC 362 (AT 2004); Prewitt Enterprises Incorporated and Similarly situated purchasers of petroleum products in the United States v. Organization of Petroleum Exporting Countries, Corte de Apelación de los Estados Unidos, 353 F 3d 916 (Onceavo circuito 2003); *vid.*, en general CEDRIC RYNGAERT, “The Immunity of International Organizations before Domestic Courts: Recent Trends” (2010), en *7 International Organizations Law Review* 121, 126.

³⁴ JAMES CRAWFORD, “International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions” (1984), en *54 British Yearbook of International Law* 75, 77.

³⁵ HERSCH LAUTERPACHT, “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States” (1951), en *28 British Year Book of International Law* 220, 220.

³⁶ *Ibidem*.

2. AUSENCIA DE MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Otra diferencia importante entre el marco normativo de la inmunidad de los Estados y el marco normativo de las inmunidades de las OI es que éstas últimas no están sometidas a la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional que pueda compensar la ausencia de jurisdicción por parte de las cortes nacionales por demandas en su contra. Asimismo, mientras que las víctimas de violaciones a los derechos humanos, como norma general, pueden presentar sus reclamos ante los tribunales nacionales del Estado que las ha perpetrado, tales recursos “nacionales” difícilmente están disponibles dentro de las OI. A lo sumo, dichos mecanismos de solución de controversias existen, generalmente, en una fase incipiente, si es que se encuentran disponibles del todo.³⁷ Del mismo modo, dado que ninguna OI es aún Parte de un tratado internacional en materia de derechos humanos,³⁸ podría estar abierto a debate si las OI están obligadas a garantizar el derecho a un recurso jurídico y el derecho de acceso a los tribunales de los individuos y otras entidades privadas en caso de que les sean conculcados sus derechos humanos. A pesar de que en la actualidad existe un consenso generalizado de que las OI deben respetar los derechos humanos más fundamentales,³⁹ es aún controvertido cuáles derechos humanos recaen en este

³⁷ Éstos se limitan a tribunales administrativos competentes para dirimir controversias laborales entre una OI y miembros de su personal; *vid.*, Sección IV.

³⁸ Sin embargo, *vid.*, para los procedimientos de adhesión de la Unión Europea (UE) al Convenio Europeo de Derechos Humanos el Reporte Final para el Comité Directivo para los Derechos Humanos (CDDH), Quinta negociación entre el grupo *ad hoc* de negociación de la CDDH y la Comisión Europea sobre la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, 47+1(2013)008rev2, 10 de junio de 2013, Consejo de Europa.

³⁹ Tal conclusión también se deriva de los Artículos de Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional y adoptados por la Asamblea General de la ONU en 2012, que estipulan en su Artículo 53 que las contramedidas tomadas por una OI en contra de otra

ámbito y cuál es su fundamento legal. En ese sentido, la doctrina discute sobre si las obligaciones de las OI de respetar y garantizar los derechos humanos derivan de las obligaciones convencionales de sus Estados miembros,⁴⁰ de los principios generales del derecho,⁴¹ de la costumbre internacional,⁴² o del hecho mismo de que los Estados ejercen sus poderes soberanos.⁴³ Además, algunos instrumentos internacionales, como la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas,⁴⁴ requieren expresamente que la Organización establezca los medios apropiados para la solución de controversias que deriven de disputas de carácter privado en las que

OI no afectarán las obligaciones de la primera de proteger los derechos humanos; 'Draft Articles on the Responsibility of International Organizations' Reporte de la Comisión de Derecho Internacional, 63^o sesión, UN Doc. A/66/10 (3 de mayo de 2011).

⁴⁰ Tawhida Ahmed e Israel de Jesús Butler, 'The European Union and Human Rights: An International Law Perspective' (2006) 17 *European Journal of International Law* 771, 801-835.

⁴¹ BRUNO SIMMA y PHILIP ALSTON, "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles" (1988), en 12 *Australian Year Book of International Law* 82, 82-108. Para las primeras discusiones sobre el estatus del derecho a un recurso efectivo como un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al menos en lo que corresponde a los derechos de los empleados de una OI en contra de ésta en su calidad de patrón, *vid.*, S BASTID, "Have the UN Administrative Tribunals Contributed to the Development of International Law?" en W FRIEDMANN *et al.*, (eds.), *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honor of Philip C. Jessup* (Nueva York, Columbia University Press, 1972) 309.

⁴² ALEXANDER ORAKHELASHVILI, "The Acts of the Security Council: Meaning and Standards of Review" (2007) 11 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 143, 177.

⁴³ ROBERT MCCORQUODALE, "International Organisations and International Human Rights Law: One Giant Leap for Humankind" en K. H. KAIKOBAD y M BOHLANDER (eds.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice, Essays in Honour of Colin Warbrick* (Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009) 141, 141-162.

⁴⁴ Convención de Inmunidades de la ONU (nota 5).

la ONU sea parte.⁴⁵ Por consiguiente, la Convención claramente establece el deber de proporcionar procedimientos alternativos de solución de controversias, los cuales mitigarían el reconocimiento de inmunidades por parte de las cortes nacionales.⁴⁶

3. FUNCIONES CRECIENTES

La pretensión de las OI que se respeten sus inmunidades jurisdiccionales absolutas ha sido una constante ante las cortes nacionales. Del mismo modo, las OI han sido consistentemente reticentes a someterse a mecanismos alternativos de solución de controversias. Al mismo tiempo, las OI han incrementado en número y tamaño, y han expandido sus actividades y sus ámbitos de actuación. Éstas regulan cada vez más una amplia gama de asuntos que anteriormente eran del dominio exclusivo de los Estados. En particular, después de la caída del Muro de Berlín y el fin de la era de la Guerra Fría, las OI comenzaron a ejecutar más actos de autoridad.⁴⁷ De esta forma, las OI influyen la política nacional y los procesos legales, y limitan cada vez más la esfera de acción de los gobiernos nacionales. Mientras que el objeto de regulación de las OI está en expansión, es cada vez menos necesario el consentimiento estatal para que las normas internacionales se vuelvan vinculantes para los Estados.⁴⁸ Al mismo tiempo, las OI confían en el axioma del derecho internacional que señala que los ordenamientos jurídicos nacionales, incluyendo las normas constitucionales, en principio, no pueden servir de justificación para el incumplimiento de las normas jurídicas internacionales.⁴⁹ De mayor consideración es el hecho de que los actos de las OI no se

⁴⁵ *Ibidem*, Art. VIII (29).

⁴⁶ *Vid.*, Sección IV.

⁴⁷ KUMM, *supra* nota 2, 910.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 912-917.

⁴⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 UNTS 311 (en vigor desde el 27 de enero de 1980) (1969) Art. 27.

dirigen primordialmente a los Estados, sino que cada vez más se dirigen a otros actores, incluyendo a los individuos. Con estos amplios poderes que les son encomendados a las OI, las situaciones en que el ejercicio de su autoridad puede afectar negativamente a los individuos han incrementado. Los ejemplos más paradigmáticos incluyen la falta de protección jurídica para los individuos en relación con las sanciones selectivas del Consejo de Seguridad de la ONU (CS o CSNU),⁵⁰ las decisiones y acciones de otras entidades y agencias de la ONU (como la Misión de Administración Provisional de la ONU en Kosovo –MINUK– y el Alto Representante de la ONU para Bosnia y Herzegovina),⁵¹ y las acciones de las Fuerzas de Kosovo (KFOR), las fuerzas operativas para el mantenimiento de la paz dirigidas por la OTAN en ese país.⁵² De este modo, las OI amplían sus competencias y funciones, ejerciendo cada vez más actos de autoridad a nivel internacional⁵³ y, al mismo tiempo, insisten en la doctrina absoluta de las inmunidades jurisdiccionales y de ejecución ante los tribunales de los Estados nacionales. Sostengo que, al hacer esto, las OI amplían correspondientemente sus pretensiones de inmunidad.

⁵⁰ CLEMENS A FEINÄUGLE, “The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals” (2008), en *9 German Law Journal* 1513, 1539. Sobre las respuestas nacionales al régimen de sanciones del Consejo de Seguridad de la ONU, *vid.*, el capítulo 3 (Veronika Fikfak) en M. KANETAKE y A. NOLLKAEMPER, (eds.) *The Rule of Law at the National and International Levels: Contestations and Deference* (Hart Publishing, Oxford).

⁵¹ RICHARD CAPLAN, “Who Guards the Guardians? International Accountability in Bosnia” (2005), en *12 International Peacekeeping* 463.

⁵² JOHN CERONE, “Minding the Gap: Outlining KFOR Accountability in Post-Conflict Kosovo” (2001), en *12 European Journal of International Law* 469.

⁵³ VON BOGDANDY, DANN y GOLDMANN, “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities” (nota 12) 1376-1400.

4. EL PAPEL DEL ARGUMENTO DE LA NECESIDAD FUNCIONAL

Legalmente, la ampliación de las pretensiones de inmunidad por parte de las OI podría ser visto como resultado del concepto de la personalidad funcional, según el cual las OI gozan de personalidad jurídica internacional en la medida necesaria para realizar sus funciones. De este modo, en términos legales, las OI no pueden actuar más allá de su personalidad funcional. Cualquier acto que no esté cubierto por dicha personalidad es considerado como *ultra vires*.⁵⁴ Mientras tengan esta personalidad funcional, las OI gozan también de inmunidad funcional, la cual cubriría todos los actos que se ejecuten en el ejercicio de sus funciones. Dado que las OI sólo pueden actuar dentro del ámbito de su personalidad funcional –siguiendo la lógica de este argumento–, no quedaría espacio alguno para actos no cubiertos por la inmunidad. Tal visión necesariamente conlleva a la exigencia de inmunidades absolutas para las OI.⁵⁵ Bajo esta interpretación, la necesidad funcional difícilmente puede jugar un papel relevante para delimitar las inmunidades de las OI. Más bien, permite que las inmunidades de jurisdicción le sean concedidas a las OI en cualquier circunstancia, ya que siempre se considerará que las OI actúan dentro del ámbito de sus funciones.⁵⁶

⁵⁴ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)* [1962] ICJ Reports 151 (Opinión Consultiva de 20 de julio 1962), 168.

⁵⁵ AUGUST REINISCH y ULF ANDREAS WEBER, “In the Shadow of Waite and Kennedy: The Jurisdictional Immunity of International Organizations, The Individual’s Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement” (2004), en *1 International Organizations Law Review* 59, 63 (citando a Seidl-Hohenveldern en un artículo sin publicarse del Comité de Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados de la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés), referido en el Reporte Final de Inmunidad de los Estados, ILA Conferencia de Buenos Aires 1994, p. 475).

⁵⁶ EMMANUEL GAILLARD e ISABELLE PINGEL-LENUZZA, “International Organisations and Immunity from Jurisdiction: to Restrict or to Bypass” (2002) 51 *International and Comparative Law Quarterly* 1, 10.

III. CONTESTACIONES DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

1. REVISANDO LA COMPATIBILIDAD DE LAS INMUNIDADES CON LOS DERECHOS HUMANOS

Mientras que fueron esporádicos los casos en que las cortes nacionales negaron las inmunidades a las OI bajo el argumento de que los actos impugnados no eran *de iure imperii*, otra serie de decisiones judiciales nacionales han objetado la regla tradicional de inmunidades absolutas de las OI. Esta nueva tendencia se refiere a la práctica de algunos jueces locales quienes condicionaron el reconocimiento de inmunidades a una OI al cumplimiento de ciertos estándares de derechos humanos por parte de esas organizaciones. De esto se desprende que, en casos de que una demanda sea presentada contra una OI por supuestas violaciones a los derechos humanos, los tribunales nacionales se abstendrían de revisar tales actos si existen mecanismos a los que las víctimas pudieren recurrir.

Antes de analizar algunas de estas decisiones judiciales, es necesario contextualizar su desarrollo. Primero, debe señalarse que el aumento de esta práctica se correlaciona con la ampliación de los poderes de las OI explicado en las secciones anteriores, y puede considerarse como un cuestionamiento de los Estados a la legitimidad de la autoridad ejercida por las OI sobre los individuos y otras entidades privadas. Al mismo tiempo, esta tendencia también puede ser vista como parte del desarrollo de los derechos humanos, en particular del derecho de acceso a los tribunales y del derecho a un recurso jurídico. Así, la privación del derecho de acceso a los tribunales para determinar los derechos y obligaciones civiles de un individuo plantea dificultades en materia de derechos humanos en el plano internacional, así como serios problemas constitucionales en muchos sistemas jurídicos.⁵⁷ De este modo, está surgiendo un

⁵⁷ MAURO CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective* (Claredon Press, 1989); KARL HEINZ SCHWAB y PETER GOTTWALD, "Verfassung und

consenso por parte de los Estados, el cual se refleja en los instrumentos internacionales de derechos humanos, donde el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a un recurso efectivo pueden ser considerados como fundamentales. Éstos son reconocidos, *inter alia*, en los Artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,⁵⁸ en los Artículos 2 (3) y 14 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁵⁹ en los Artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,⁶⁰ y en los Artículo

Zivilprozess” en W. J. HABSCHEID (ed.), *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung* (Bielefeld, Giesecking-Verlag, 1983) 1; Reinisch, *International Organizations Before National Courts* (nota 15) 290-313.

⁵⁸ Resolución de la Asamblea General de la ONU 217A (III), UN Doc. A/810 (1948), 71; la interpretación del artículo sobre las garantías judiciales como parte del derecho de acceso a la justicia sigue, *inter alia*, el proyecto de texto del artículo, el cual originalmente disponía que “[t]oda persona tendrá acceso a tribunales independientes e imparciales en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, y de sus derechos y obligaciones”; Reporte de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, ECOSOC Official Records, 3^{er} año, 6^a Sesión, E/600, Anexo A.

⁵⁹ UN Treaty Series, Vol. 999, 171; para la interpretación del artículo sobre las garantías judiciales en las que se garantiza el derecho de acceso a los tribunales *vid.*, también el Comentario General No. 13 del Comité de ONU de Derechos Humanos, el cual conceptualiza el acceso a los tribunales como parte inherente de los derechos otorgados en el Art. 14 del Pacto, al referirse a la “equidad ante las cortes, incluyendo el acceso igualitario a los tribunales”; Comentario General No. 13: Equality before the courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law, 13 de abril de 1984, párr. 3, disponible en: <<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/bb722416a295f264c12563ed0049dfbd>>, (último acceso en febrero 2013).

⁶⁰ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, ETS 5, 213 UNTS 221 (1950). La interpretación del Art. 6(1) de la Comisión Europea de Derechos Humanos garantizando el derecho de acceso a los tribunales ha sido adoptada en diversas sentencias, incluyendo: App No 4451/70 *Golder v the United Kingdom* Ser A18 (TEDH, Sentencia de 21 de febrero de 1975), párr. 36; App No 23452/94 *Osman v the United Kingdom* ECHR 1998-VIII (TEDH, Pleno, Sentencia de 28 de octubre de 1998), párr. 136.

8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;⁶¹ el derecho a que el caso de un individuo sea conocido también está garantizado bajo el artículo 7 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.⁶² El derecho de acceso a los tribunales y el derecho a un recurso efectivo derivan también de las reglas tradicionales que prohíben la denegación de justicia, las cuales han sido definidas a través de una amplia serie de decisiones arbitrales en el contexto del otorgamiento de los derechos mínimos sobre el tratamiento de los extranjeros.⁶³ Consecuentemente, estos derechos son considerados como parte de la costumbre internacional.⁶⁴

A pesar del desarrollo de estos derechos, las inmunidades jurisdiccionales no han sido afectadas por la adopción de instrumentos de derechos humanos. De este modo, en lo que respecta a la inmunidad de los Estados, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el caso sobre las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado*,⁶⁵ decidió que actualmente la costumbre internacional establece que un Estado no puede ser privado de su inmunidad aun cuando se presume que cometió serias violaciones al derecho internacional de

⁶¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123, OAS Treaty Series No. 36 (1969).

⁶² Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 1520 UNTS 217.

⁶³ *Vid., v. g.*, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1986) § 711.

⁶⁴ En el caso *Rubio v the Universal Postal Union*, el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo también observó que la negativa de dirimir este caso constituiría una denegación al debido proceso y sería contrario a los principios generales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969; ILOAT, 10 de julio de 1997, Sentencia No. 1644, párr. 12, citado en A Reinisch, 'Privileges and Immunities,' en J KLABBERS y A WALLEND AHL (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Edward Elgar Publishing Ltd (2011) 132-156, 151.

⁶⁵ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy : Greece intervening)* [2012] ICJ Reports 99 (3 de febrero de 2012).

los derechos humanos o al derecho internacional humanitario. En esta sentencia, la CIJ, basándose en las conclusiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en los casos de *Al-Adsani*⁶⁶ y *Kalogeropoulou*,⁶⁷ no aceptó la proposición de que el derecho internacional permite a los tribunales de un Estado negar la inmunidad de otro Estado en lo que atañe a la responsabilidad civil por violaciones graves a los derechos humanos.⁶⁸ Ambos tribunales, la CIJ y el TEDH, fundamentaron sus decisiones haciendo referencia al Reporte de Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Propiedades, preparado por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI).⁶⁹ En dicho reporte, la CDI señaló que uno de los argumentos que con creciente frecuencia había sido planteado ante las cortes nacionales consistía en que la inmunidad de los Estados debía ser denegada en casos de homicidio o lesiones que resultaren de la ejecución de actos soberanos en contravención a las normas de derechos humanos con el rango de *jus cogens*, en particular la prohibición de la tortura. Sin embargo, la CDI concluyó que, mientras que en algunos casos se mostraba cierta empatía por dicho argumento, en muchas de las sentencias nacionales los Estados habían tenido éxito al invocar su inmunidad soberana.⁷⁰

A pesar de que la CDI no aceptó la mencionada excepción a la inmunidad soberana, es debatible en qué medida estas conclusiones relativas a las inmunidades de los Estados puedan ser aplicadas a las inmunidades de las OI. Por ello, la creciente autoridad de las

⁶⁶ App No 35763/97 *Al-Adsani v the United Kingdom* ECHR 2001-XI (TEDH, 21 de noviembre de 2001).

⁶⁷ App No 59021/00 *Kalogeropoulou and Others v Greece and Germany* ECHR 2002-X (TEDH, Sentencia de 12 de diciembre de 2002).

⁶⁸ Caso de las Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (nota 65) 139.

⁶⁹ En 2004, la Asamblea General de ONU adoptó la parte relevante del Reporte como la Convención de Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Propiedades; GA Official Records, 59 Sesión, Sup. No. 49 (A/59/49).

⁷⁰ *Vid.*, Anexo al Reporte de la Comisión de Derecho Internacional en los trabajos de sus 51^o Sesión, A/54/10, párrs.6 y 7.

OI *vis-à-vis* los individuos y las entidades privadas, sus virtualmente absolutas inmunidades ante los tribunales nacionales y su renuencia a someterse a mecanismos alternativos de solución de controversias han llevado a los jueces y a los académicos a responder a las pretensiones de las OI de ampliar el ámbito de sus inmunidades. De este modo, surgió la idea de restringir dicha inmunidad al exigir protección alternativa.

2. EL REQUISITO DE PROTECCIÓN ALTERNATIVA EN LA JURISPRUDENCIA *SOLANGE*

En esencia, la idea de requerir protección alternativa asegura que los tribunales nacionales se abstendrán de revisar los actos de una OI sólo si dicha organización cuenta con un mecanismo para revisar y controlar las violaciones a los derechos humanos, que otorgue una protección efectiva alternativa a la de las cortes nacionales. Este requisito ha sido considerado obligatorio para el Estado foro, evitando de ese modo la cuestión de si una OI está obligada a respetar los derechos humanos en general, y el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a un recurso jurídico en particular.

Inicialmente, este requisito fue concebido en el contexto del control judicial de los derechos fundamentales llevado a cabo por las autoridades de un Estado que había implementado los actos de una OI. Este control jurisdiccional fue solicitado incidentalmente en un proceso legal en el cual las OI no fueron partes del litigio. Si el requisito se entiende como una respuesta a los poderes crecientes de las OI, no es coincidencia que esta oposición fuera dirigida en contra de una organización supranacional, la Comunidad Europea (CE), de las primeras en extender sus poderes y competencias de manera que incidía en los derechos humanos. Así, el requisito de un foro alternativo y efectivo que fuere capaz de proteger los derechos humanos fue originalmente concebido por la Corte Constitucional de Alemania en su

decisión conocida como *Solange I* de 1974,⁷¹ en la cual la Corte aceptó controlar jurisdiccionalmente los actos de la CE “siempre y cuando”* el derecho Comunitario no ofreciera una protección alternativa comparable a la que otorgaba la Constitución alemana.⁷² En su posterior decisión de 1986, en la sentencia *Solange II*,⁷³ la Corte Constitucional alemana revisó nuevamente los estándares de protección de los derechos humanos otorgados por la CE y determinó, por el contrario, que la organización había desarrollado un nivel de protección de derechos humanos igual al establecido en la Ley Fundamental alemana, incluyendo los recursos disponibles ante el Tribunal Europeo de Justicia (TEJ). Tal y como fue estipulado por el dicho tribunal, las normas procesales del TEJ satisfacían los requerimientos de debido proceso de un Estado respetuoso del Estado Derecho, incluyendo el derecho de audiencia. De este modo, la Corte Constitucional alemana justificó su abstención de revisar los actos de los órganos de la CE “siempre y cuando” esa protección equivalente fuera garantizada por esa OI. La jurisprudencia *Solange* fue más o menos adoptada de manera expresa por otros tribunales nacionales, siendo la Corte Constitucional italiana la más prominente de éstas, ya que constantemente sostuvo, desde su decisión de 1973 en el caso *Frontini*, que los actos de la CE no pueden derogar determinados principios fundamentales o derechos

⁷¹ *Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* [1974] CMLR 540 (Alemania, Corte Constitucional Federal, 29 de mayo de 1974).

* Es de notarse la relación entre el término alemán “solange” con su traducción al inglés “as long as”, i.e., siempre y cuando, mientras que, en tanto que, siempre que. [N.T.]

⁷² *Vid.*, también A. HARATSCH, *Die Solange-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* (2006) ZaöRV 66, 927-947 y REINISCH y WEBER, “In the Shadow of Waite and Kennedy: The Jurisdictional Immunity of International Organizations, The Individual’s Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement” (nota 55) 74.

⁷³ *In re application of Wünsche Handelsgesellschaft, Federal Constitutional Court*, [1987] 3 CMLR 225 (Alemania, Corte Constitucional Federal).

inalienables de las personas.⁷⁴ Esos principios fundamentales y derechos inalienables son contrapesos las limitaciones de la soberanía que los Estados aceptan en razón de su membresía en una OI. Por ende, cuando las instituciones de un Estado ejercen funciones soberanas, deben respetar los valores fundamentales y los principios de la Constitución; la atribución de poderes a las instituciones europeas no implica una renuncia total a dichos valores y principios.⁷⁵ En una etapa posterior, el requerimiento de protección alternativa fue desarrollado por los tribunales nacionales en casos presentados en contra de las OI, en los que se invocó el respeto de sus inmunidades.

3. EL REQUISITO DE UNA PROTECCIÓN ALTERNATIVA EN CASOS DE INMUNIDADES JURISDICCIONALES

Después de las decisiones *Solange*, la Corte Constitucional de Alemania estaba preparada para examinar el requerimiento de protección alternativa de los derechos humanos en casos presentados en contra de otras OI, como la Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea (EUROCONTROL)⁷⁶ y la Oficina Europea de Patentes (OEP),⁷⁷ las cuales invocaron sus inmunidades jurisdiccio-

⁷⁴ *Frontini v Ministero Delle Finanze*, caso 183/73, Corte Constitucional de Italia, sentencia de 27 de diciembre de 1973, traducida en [1974] 2 CMLR 386,387.

⁷⁵ ARMIN VON BOGDANDY, "The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union" (2000), en 37 *Common Market Law Review* 1307; PAUL CRAIG y GRÁINNE DE BÚRCA, *The Evolution of EU Law* (1° ed., Oxford, Oxford University Press, 1999) 201-205; HENRY G. SCHERMERS y DENIS F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union* (Kluwer Law International, 2001).

⁷⁶ *Hetzel v EUROCONTROL*, Corte Constitucional Federal, Segunda Sala, 10 de noviembre de 1981, 2 BvR 1058/79, BVerG, 63.

⁷⁷ Corte Constitucional Federal, 4 de abril de 2001, 2 BvR 2368/99, NJW 2001, 2705; *vid.*, también *Brunner et. al. v The European Union Treaty (Constitutionality of the Maastricht Treaty)*, Corte Constitucional Federal de Alemania, 12 de octubre de 1994, *Common Market Law Review* (1994), 251, y Reinisch, Weber, *supra* nota 55, 74.

nales ante las cortes alemanas. En el caso de EUROCONTROL, la Corte Constitucional reconoció la inmunidad de dicha organización después de que determinó que el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) era competente para pronunciarse sobre una demanda laboral entre ese organismo y el afectado, estableciendo que el Tribunal era un recurso alternativo adecuado para el asunto en cuestión. Tal y como se indicó en la sentencia, el reconocimiento de inmunidades ante las cortes alemanas no violaba los requerimientos mínimos de la Constitución alemana.⁷⁸ De igual manera, la Suprema Corte de Suiza describió la obligación de proporcionar mecanismos alternativos de solución de controversias como la “contrapartida” a las inmunidades que gozan las organizaciones internacionales.⁷⁹ También, las cortes norteamericanas aceptaron que la concesión de inmunidades a las OI puede entrar en conflicto con las exigencias constitucionales de proporcionar al demandante un foro para la solución de controversias. Así, en el caso *Weiner*,⁸⁰ una corte penal de la ciudad de Nueva York trató encontrar el equilibrio entre la inmunidad de la ONU y el derecho constitucional de los ciudadanos norteamericanos de acceso a los tribunales. En el mismo sentido, una corte de apelaciones del Distrito de Columbia (D.C.) subrayó en *Urban v. the United Nations*⁸¹ que el tribunal debía de poner mucha atención en

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 22: ‘Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass Status und Verfahrensgrundsätze des ILOAT sowohl dem internationalen Mindeststandard elementarer Verfahrensgerechtigkeit als auch den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen des Grundgesetzes genügen [...]. Vor diesem Hintergrund legen die Beschwerdeführer nicht substantiiert dar, dass ein strukturelles Rechtsschutzdefizit bestünde, dessen sich die für die auswärtigen Angelegenheiten zuständigen Bundesorgane annehmen müssten’ (énfasis añadido).

⁷⁹ *Groupeement d’Entreprises Fougerolle et consorts v CERN*, Primera Corte Civil del Tribunal Federal de Suiza, 21 de diciembre de 1992, ATF 118 Ib 562.

⁸⁰ *People v Mark S. Weiner*, 378 N.Y.S.2d 966, Corte penal de la Ciudad de Nueva York, 19 de enero de 1976 [1976] UNJYB 249.

⁸¹ *Urban v the United Nations*, 768 F.2d 1497, 1500 (D.C.Cir 1985).

no menoscabar el derecho constitucional de un individuo de acceso a los tribunales. Igualmente, los tribunales italianos desarrollaron un enfoque restrictivo para el otorgamiento de inmunidades a las OI en casos como *FAO v. INPDAL*.⁸²

Ciertamente, muchos de los tribunales nacionales respetaron las inmunidades de las OI después de haber revisado, con mayor o menor escrutinio, la efectividad de los recursos alternativos que las organizaciones brindaban a los demandantes. Sin embargo, existen otros ejemplos en los que un tribunal nacional no reconoció las inmunidades a una OI y permitió iniciar procedimientos legales en su contra. En *UNESCO v. Boulois*,⁸³ una corte francesa de apelaciones rechazó la petición de inmunidad después de haber establecido que el reconocimiento de ésta conllevaría inevitablemente a que los individuos no pudieran presentar su caso ante la corte. De acuerdo con el tribunal francés, tal situación sería contraria al orden público, ya que constituiría una denegación de justicia y una violación al Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁸⁴ Después de que el requisito de protección alternativa fue respaldado por las instituciones internacionales y por el TEDH, este tipo de resoluciones se hicieron más comunes, particularmente entre los Estados Parte del Convenio Europeo. En un gran número de casos, el Convenio ha sido directamente invocado, como en *Siegler v. Western European Union*, donde un tribunal de apelaciones de Bélgica negó la inmu-

⁸² *FAO v INPDAL*, Suprema Corte de Casación, 18 de octubre de 1982 [1982] UNJYB 234, 235; *vid.*, también *FAO v Colagrossi*, Corte de Casación, 18 de mayo de 1992, No. 5942 [1992] RivDI 407; para más ejemplos *vid.*, A REINISCH, *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, OUP, 2013.

⁸³ *UNESCO v Boulois*, Tribunal de grande instancia de París (ord. Rêf.), 20 de octubre de 1997, Rev. Arb. (1997) 575; Corte de apelaciones de París (14^e Ch. A) 19 de junio de 1998, XXIV a Yearbook Commercial Arbitration (1999) 294; Rev. Arb (1999) 343.

⁸⁴ Sobre el desarrollo de la jurisprudencia relevante en Francia, *vid.*, AUGUST REINISCH, "Privileges and Immunities" en J. KLABBERS y A. WALLEND AHL (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations* (Cheltenham; Northampton, MA, Edward Elgar, 2011) 144, 144-145.

nidad a esa OI al sostener que cualquier limitación al derecho de acceso a los tribunales no puede restringir el derecho

[...]de una manera o a tal grado que se vea afectada la esencia misma del derecho y que otra limitación semejante no estaría de conformidad con [lo estipulado en el artículo] 6§1, en el sentido de que éste tiende a perseguir un objetivo legítimo y a que exista una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.⁸⁵

Por ende, la aceptación gradual en el derecho internacional de una inmunidad restringida para las OI proporciona a los tribunales nacionales un argumento jurídico adicional⁸⁶ para su cuestionamiento, lo que a su vez alienta a los jueces locales a revisar el cumplimiento con los derechos humanos y el Estado de Derecho por parte de las OI.

IV. RECEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. RECEPCIÓN POR PARTE DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

En el ámbito internacional, la preocupación por los derechos humanos se reflejó de manera inicial en una serie de disposiciones convencionales que establecen la obligación de las OI de renunciar a su inmunidad cuando ésta implique una denegación de justicia.⁸⁷

⁸⁵ *Siegler v WEU*, Corte de Apelaciones en materia laboral de Bruselas, Sentencia de 17 de setiembre de 2004, *Journal des Tribunaux* 2004, 617, ILDC 53 (BE 2003).

⁸⁶ Sobre los tribunales internacionales como “legisladores” *vid.*, también ARMIN VON BOGDANDY e INGO VENZKE, *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens* (Berlín, Suhrkamp, 2014).

⁸⁷ *Vid.*, *v. g.*, Art. IV (1) (a), Anexo 1 de la Convención para el Establecimiento de la Agencia Espacial Europea, París, 30 de mayo de 1975, 14 ILM (1975), 855, disponible en: <<http://www.esa.int/esapub/sp/sp1300/sp1300EN1.pdf>>, (último acceso febrero 2013); *vid.*, también Art. V, Sección 20, donde la obligación de

De este modo, las decisiones de algunos páneles arbitrales preceden a algunas de las sentencias más conocidas de los tribunales nacionales, en el sentido de que esos páneles buscaban proteger el derecho de acceso a la justicia de un particular, interpretando que la inmunidad de jurisdicción implica el deber de someter una controversia a arbitraje.⁸⁸

No sorprende que posteriormente hayan sido los órganos de derechos humanos quienes tomaron la delantera y desarrollaron el argumento de que las OI deben de proveer foros alternativos a los tribunales nacionales para la protección de los derechos humanos. Dicho argumento fue acogido por primera vez por la Comisión Europea de Derechos Humanos. En *M. & Co. v. the Federal Republic of Germany*,⁸⁹ la Comisión comenzó observando que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no prohíbe a un Estado Parte transferir poderes soberanos a las OI. Sin embargo, la Comisión sostuvo que si un Estado acepta las obligaciones que emanan del Convenio y, posteriormente, concluye otro tratado internacional que inhabilita al Estado mismo de cumplir con sus obligaciones bajo el Convenio, el Estado sería responsable de cualquier violación bajo el primer tratado. Tal y como lo expresó la Comisión, “una transferencia de poderes [a una organización internacional] no necesariamente excluye la responsabilidad de un Estado bajo el Convenio respecto del ejercicio de los poderes transferidos. En caso contrario, las garantías del Convenio podrían ser limitadas o excluidas arbitrariamente

renunciar a la inmunidad está definida respecto de los funcionarios de la ONU, en caso de que las inmunidades “impidan el curso de la justicia”.

⁸⁸ Para uno de los primeros ejemplos *vid.*, *A (organisation internationale) v B (société)*, ICC Arbitration Award, 14 de mayo de 1972, Caso No. 2091, *Revue de l'Arbitrage* (1975) 252, en el que el panel sostuvo: “La inmunidad de jurisdicción acordada a una OI que carece de jurisdicciones propias la obliga a recurrir a arbitrar los litigios que deriven de sus actividades”.

⁸⁹ App no 13258/87 *M & Co v the Federal Republic of Germany* (1990) 64 DR 138 (Comisión Europea de Derechos Humanos, 9 de febrero de 1990).

y por ende, desprovistas de su carácter imperativo”.⁹⁰ Al final, la Comisión declaró inadmisible la petición contra el acto de la CE, sin embargo, lo hizo después de haber encontrado que la CE contaba con un sistema suficientemente desarrollado para la protección de los derechos humanos, incluyendo los recursos ante el TEJ. El requisito de protección alternativa fue posteriormente adoptado en *Heinz v. Contracting Parties who are also Parties to the European Patent Convention*,⁹¹ en el que la Comisión expresamente analizó la disponibilidad de un método alternativo de solución de controversias el cual incluía distintas garantías procesales, las cuales satisfacían el análisis de la Comisión sobre la protección equivalente de los derechos humanos dentro de dicha organización.

La necesidad de un foro alterno dentro de las OI fue reafirmado después por el TEDH, cuando en 1999 emitió tres decisiones históricas. En el caso *Matthews*,⁹² el Tribunal de Estrasburgo aseveró que el Convenio Europeo no impide la transferencia de competencias soberanas a las OI siempre y cuando los derechos humanos, tal y como se estipulan en el Convenio, continúen siendo garantizados por los Estados Parte. Así, los Estados seguían siendo responsables por el respeto de los derechos del Convenio aún después de haber efectuado tal transferencia. En *Matthews*, debido a que el TEDH estableció que al demandante no le quedaba recurso alguno para recurrir la legalidad del acto de la CE, esto es ni ante los tribunales nacionales ni ante el TEJ, se declaró la violación al Convenio. Este análisis dio lugar a un concepto restrictivo de las

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ App No 12090/92 *Heinz v Contracting Parties who are also Parties to the European Patent Convention* (1994) 76-A DR 125 (Comisión Europea de Derechos Humanos, 10 de enero de 1994).

⁹² App No 24833/94 *Matthews v the United Kingdom* ECHR 1999-I (TEDH, Pleno, sentencia de 18 de febrero de 1999).

inmunidades de las OI en los casos de *Waite y Kennedy*⁹³ y *Beer y Regan*.⁹⁴ En dichas sentencias, el TEDH determinó que el reconocimiento de inmunidades a una OI puede infringir los derechos de los individuos de acceso a los tribunales, a menos que dicha situación sea solventada a través de la disponibilidad de recursos alternativos. Con base en su jurisprudencia, en la cual sostuvo que el derecho de acceso a los tribunales no es un derecho absoluto, sino que puede estar sujeto a limitaciones,⁹⁵ el TEDH mantuvo que esas limitaciones no deberían restringir el derecho de acceso a los tribunales de tal manera que la esencia misma del derecho se viera afectada. En la opinión de del TEDH, las limitaciones a este derecho tampoco serían compatibles con el Convenio si no persiguen un fin legítimo y si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se persigue. Aplicando este análisis de compatibilidad al presente caso, el Tribunal Europeo (porque es nombre propio y europeo no funciona aquí como adjetivo) consideró que las inmunidades jurisdiccionales son un medio esencial para asegurar el correcto funcionamiento de las OI, a fin de que se mantengan libres de cualquier interferencia unilateral por parte de los gobiernos y concluyó que la correspondiente restricción al derecho de acceso a los tribunales de los individuos en razón del reconocimiento de inmunidades perseguía un fin legítimo. Sin embargo, respecto del requerimiento de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados, el TEDH enfatizó que “un factor determinante para saber si el reconocimiento[...] de las inmunidades es permisible, consiste en conocer si los demandantes

⁹³ Appl No 26083/94 *Waite and Kennedy v Germany* (1999) ECHR 1999-I (TEDH, Pleno, Sentencia de 18 de febrero de 1999).

⁹⁴ App No 28934/95 *Beer and Regan v Germany* (TEDH, Pleno, sentencia de 18 de febrero de 1999).

⁹⁵ *Golder v the United Kingdom* (nota 60); *Osman v the United Kingdom* (nota 60) párr. 147; App No 17101/90 *Fayed v the United Kingdom* Series A No. 294-B (TEDH, Sentencia de 21 de setiembre de 1994), párr. 65.

disponían de medios alternativos que protegieran efectivamente sus derechos convencionales”.⁹⁶ En el dicho caso, el TEDH consideró que el requisito de proveer mecanismos alternativos de solución de controversias se había cumplido, ya que la Agencia Espacial Europea había establecido una Junta Interna de Apelaciones. A pesar de que algunos académicos criticaron al Tribunal por no revisar -con mayor escrutinio- la eficacia de los recursos alternativos,⁹⁷ estas tres sentencias, *Matthews*, *Waite y Kennedy*, y *Beer y Regan*, marcaron un hito en la construcción de un marco analítico para evaluar la legalidad y legitimidad del reconocimiento de inmunidades a las organizaciones internacionales.

La idea de que un individuo deba recibir una “protección equivalente” dentro de una OI fue precisada posteriormente en el caso *Bosphorus*,⁹⁸ en el cual el TEDH determinó que un Estado no puede liberarse de sus obligaciones bajo el Convenio mediante la transferencia de sus funciones a una organización ya que esto

[...] absolvería completamente a los Estados Contratantes de sus responsabilidades ante el Convenio en las áreas cubiertas por esa transferencia, lo cual sería incompatible con el objeto y fin del Convenio; igualmente, las garantías del mismo podrían ser limitadas o excluidas a voluntad y por ende serían privadas de su carácter obligatorio y se vería minado el efecto práctico y eficaz de sus garantías [...]. Por ende, se considera que el Estado mantiene la responsabilidad bajo el Convenio respecto de cualesquiera compromisos adquiridos con posterioridad a la entrada en vigor del mismo.⁹⁹

⁹⁶ *Waite and Kennedy v. Germany* (nota 93) párr. 68.

⁹⁷ JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, “Droit des immunités et protection internationale des droits de l’homme” (2000), en *Revue suisse de droit international et de droit européen* 299, 323; AUGUST REINISCH, “*Waite and Kennedy v. Germany*, Application No. 26083/94; *Beer and Regan v. Germany*, Application No. 28934/95” (1999), en 93 *American Journal of International Law* 933.

⁹⁸ Application No. 45036/98, *Bosphorus Hava Yöllary Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v Ireland* ECtHR 2005-VI (TEDH, Pleno, sentencia de 30 de junio de 2005).

⁹⁹ *Ibidem* párr. 154.

Sin hacer alusión alguna a la jurisprudencia *Solange* de la Corte Constitucional Alemana ni a los otros tribunales que la acogieron, el TEDH aplicó el principio de protección equivalente tal y como fue desarrollado por los tribunales nacionales. Así, la Corte de Estrasburgo sostuvo que cuando un Estado actúa en cumplimiento con sus obligaciones internacionales y con sus obligaciones como Miembro de una OI, dicho acto sólo puede justificarse “siempre y cuando” la OI proteja los derechos fundamentales, tanto en lo que concierne a las garantías sustantivas, así como a los mecanismos que controlan su observancia, de manera equivalente a lo establecido en el Convenio Europeo. Si la OI provee una protección equivalente, se presume que el Estado se ajusta al Convenio cuando implementa las obligaciones jurídicas derivadas de su membresía en dicha organización.¹⁰⁰

En el desarrollo de su jurisprudencia, el TEDH indicó en el caso *Gasparini*¹⁰¹ que dentro de una OI los Estados tienen la obligación de asegurar que los derechos del Convenio reciban una protección equivalente a la garantizada por el sistema europeo. Sin embargo, posteriormente, el TEDH estableció que los procedimientos internos disponibles para los empleados de la OTAN no eran “manifiestamente insuficientes”, y por ende los Estados demandados no incumplían con el requisito de protección equivalente. Por otra parte, el Tribunal Europeo (usado como nombre propio y no adjetivo) encontró en el caso *Michaud*¹⁰² que, debido a que al demandante se le impidió agotar completamente los recursos disponibles dentro de la Unión Europea (UE), el derecho de acceso a los tribunales fue obstaculizado, y por lo tanto la presunción de protección equivalente, establecida en el caso *Bosphorus* respecto de la UE, no podría

¹⁰⁰ *Ibidem* párr. 155.

¹⁰¹ Application No 10750/03 *Gasparini v Italy and Belgium* (TEDH, sentencia de 12 de mayo de 2009).

¹⁰² App No 12323/11 *Michaud v France* ECHR 2012 (TEDH, sentencia de 6 de diciembre de 2012).

aplicarse en ese caso.¹⁰³ En casos más recientes, el TEDH también consideró los estándares de protección de los derechos humanos con respecto de los actos adoptados por la ONU. Dichos casos serán examinados con mayor detalle en la sección 4.3.

En 1999, la CIJ también tuvo la oportunidad de abordar la relevancia de la disponibilidad de recursos jurídicos a lo interno de las OI a la luz de sus inmunidades. En su opinión consultiva *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*,¹⁰⁴ la Corte analizó la obligación de proveer mecanismos internos de reparación como corolario del derecho de la ONU a sus inmunidades. Así, sostuvo que la Organización puede ser responsable por los actos de sus agentes efectuados en su capacidad oficial. Por consiguiente, de acuerdo con la opinión de la Corte, la cuestión de las inmunidades es distinta del deber de indemnizar por daños ocurridos como resultado de los actos oficiales de sus funcionarios, y que los reclamos que emanen de éstos deben ser resueltos de conformidad con los medios apropiados de solución de controversias que deberán ser establecidos por la ONU.¹⁰⁵ Esto representa ser un avance importante al fallo en el caso *Efectos de los Fallos del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas en los que se fijan compensaciones*,¹⁰⁶ donde la Corte consideró la obligación de la ONU de proveer medios alternativos de solución de controversias únicamente en el contexto específico de controversias laborales, afirmando que sería “[...] difícilmente compatible con lo expresado en los fines de la Carta sobre la promoción de la libertad y la justicia para los individuos[...] si las Naciones Unidas no provieran a sus pro-

¹⁰³ *Ibidem*, párr. 115.

¹⁰⁴ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights* ([1999] ICJ Reports 62, Opinión Consultiva 29 de abril de 1999).

¹⁰⁵ *Ibidem*, párr. 66.

¹⁰⁶ *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal* [1954] ICJ Reports 47.

pios funcionarios con un recurso judicial o arbitral para la solución de controversias”.¹⁰⁷ Por consiguiente, la ausencia de recursos en contra de la ONU no solo puede considerarse como una violación a los derechos humanos de los individuos, sino que igualmente se podría considerar que, en lo que atañe a las controversias laborales, también violenta las disposiciones de la Carta de la ONU.

2. RECEPCIÓN POR PARTE DE OTRAS INSTITUCIONES INTERNACIONALES

La idea de que un Estado debe lograr un equilibrio entre las obligaciones frente a las OI y sus obligaciones frente a los individuos en materia de derechos humanos, ha encontrado apoyo en el mundo académico y se vio reflejada¹⁰⁸ en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de las Organizaciones Internacionales (PARIOI), adoptados por la CDI en 2011.¹⁰⁹ La CDI otorgó a este principio una aplicación general y, citando expresamente los criterios establecidos en *Waite y Kennedy* y en *Bosphorus*, estipuló en el Artículo 61 que el Estado miembro de una OI incurre en res-

¹⁰⁷ *Ibidem*, párr. 57.

¹⁰⁸ Asociación de Derecho Internacional, Accountability of International Organizations (1996-2004) Final Conference Report, Berlín 2004, 41 y 46, disponible en <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/9>> (último acceso en febrero 2013). *Vid.*, también IAN BROWNLIE, “The Responsibility of States for the Acts of International Organizations” en O. SCHACHTER y M. RAGAZZI (eds.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (Leiden; Boston, Martinus Nijhoff, 2005) 361; OLIVIER DE SCHUTTER, “Human Rights and the Rise of International Organizations: The Logic of Sliding Scales in the Law of International Responsibility” en JAN WOUTERS y EVA BREMS (eds.), *Accountability For Human Rights Violations By International Organisations* (Intersentia, 2010) 51; Dan Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers* (Oxford; New York, Oxford University Press, 2005) *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (Leiden; Boston, Martinus Nijhoff, 2005).

¹⁰⁹ PARIOI, con comentarios (nota 39) 54 y ss.

ponsabilidad internacional si aprovechándose de que una organización es competente en relación con la materia de una obligación internacional de ese Estado, elude esa obligación y ocasiona que la OI cometa dicho acto, el cual, si fuera cometido por el referido Estado, constituiría una violación a esa obligación.¹¹⁰ Igualmente, en el Artículo 45(2) del PARIOI, la CDI adoptó el requisito de contar con recursos internos que no sólo deben estar disponibles, sino que también deben ser efectivos para las víctimas de violaciones de derechos humanos.¹¹¹ Entre los ejemplos proporcionados por la CDI en el PARIOI se incluyen los recursos que existen dentro de la UE y el tratamiento de un individuo por parte de una OI durante la administración de un territorio.¹¹²

En su opinión relativa a la Oficina del Alto Representante para Bosnia y Herzegovina, la Comisión de Venecia del Consejo de Europa abordó el tema de la ausencia de recursos jurídicos para la protección de los derechos humanos por parte de una OI que administra un territorio.¹¹³ La Comisión estableció que los actos del Alto Representante deben cumplir con los estándares internacionales y consideró inaceptable que las decisiones del Alto Representante que afectasen directamente los derechos de los individuos no estuvieran

¹¹⁰ *Vid.*, el comentario al Artículo, donde el pasaje relevante de Waite & Kennedy es citado literalmente; *Ibidem* 94.

¹¹¹ *Ibidem* 71-74. Sin embargo, a fin de que un recurso sea considerado como efectivo, no es necesario que sea judicial; *vid.*, *v. g.*, ERIKA DE WET, "Holding International Institutions Accountable: The Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review" (2008), en *9 German Law Journal* 1987.

¹¹² PARIOI, con comentarios (nota 39) 73. Sin embargo, el PARIOI también tiene lagunas significativas con respecto a la protección de los derechos humanos; *vid.*, ARMIN VON BOGDANDY y MATEJA STEINBRÜCK PLATISE, "DARIO and Human Rights Protection: Leaving the Individual in the Cold" (2012), en *9 International Organizations Law Review* 67.

¹¹³ European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitutional Situation in Bosnia and Herzegovina and the Powers of the High Representative, 62º Sesión, CDL-AD (2005) 004, Venecia, 11 y 12 de marzo de 2005.

sujetas a una audiencia imparcial, o al debido proceso y escrutinio de un tribunal independiente. En la opinión de la Comisión, esto era particularmente problemático, ya que el Alto Representante carecía de legitimidad democrática ante la población de Bosnia y Herzegovina. Tal situación no puede durar para siempre, sino que “vendrá el día en que esas decisiones serán sometidas a un pleno control judicial e impondrán las responsabilidades ante las instancias nacionales adecuadas”.¹¹⁴ La ausencia de recursos legales para reclamar violaciones a los derechos humanos por parte de las OI también ha sido criticada en el Reporte de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.¹¹⁵

La necesidad de proveer un foro alternativo para la protección de los derechos humanos también ha reconocida cada vez más, incluso por las mismas OI. Algunos de los primeros estudios afirmaron que, interpretado *a contrario sensu*, la disponibilidad de recursos alternativos prevendría que se conculquen los derechos humanos o los estándares constitucionales relativos al derecho de acceso a la justicia de los individuos, y conllevaría a que los tribunales nacionales respetasen las inmunidades de las OI.¹¹⁶ La obligación de brindar acceso a los procedimientos de solución de controversias ha sido reconocida de manera más clara en lo que respecta a los funcionarios de las OI.¹¹⁷ Hoy en día, ese derecho de los empleados

¹¹⁴ *Ibidem*, párr. 97.

¹¹⁵ Accountability of international organizations for human rights violations, Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, Doc. 13370, 17 de diciembre de 2013.

¹¹⁶ CID ‘UN Study 1967’ (8 de marzo, 5 de mayo y 23 de mayo de 1967) UN Doc A/CN.4/L.118 y Add. 1 + 2, 154; CID ‘UN Study 1985’ (27 de mayo, 27 de junio y 28 de julio de 1985) UN Doc A/CN.4/L383 y Add. 1.

¹¹⁷ En el caso *Chadsey*, el Tribunal Administrativo de la OIT interpretó como “principio que cualquier empleado tiene derecho, en caso de una controversia laboral con su patrón, a la salvaguarda de un procedimiento de apelaciones”; *Chadsey v Universal Postal Union*, ILO Administrative Tribunal, 15 de octubre de 1968, Sentencia No. 122; en *Rubio v the Universal Postal Union*, el Tribunal Adminis-

es interpretado por los tribunales administrativos de las OI como un principio jurídico vinculante.¹¹⁸ Además de los servidores públicos de las OI, en algunos casos, otras entidades privadas pueden ahora presentar demandas en contra de algunas OI acogiéndose a sus mecanismos internos de solución de controversias. Por ejemplo, las discusiones de los tribunales nacionales sobre la protección de los derechos humanos dentro de la CE contribuyeron de manera importante al desarrollo de los recursos legales actualmente disponibles en la UE.¹¹⁹ Desde 1993, los particulares también pueden presentar ciertas demandas contra el Banco Mundial (BM), ya que se estableció un Panel de Inspección con el fin de evaluar si una acción u omisión del Banco afecta directamente los derechos o intereses de los demandantes, según los procedimientos y políticas operativas del Banco.¹²⁰ Este ejemplo fue retomado por el Banco

trativo sostuvo posteriormente que la negativa de dirimir el presente caso constituiría una denegación del debido proceso y contrario a los principios generales, a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Convención Americana de Derechos Humanos, *supra* nota 64.

¹¹⁸ Ejemplos anteriores incluye *Waghorn v ILO*, [1957] ILOAT Sentencia No. 28; *Mendaro v IBRD*, 1985 World Bank Administrative Tribunal Reports, Sentencia No. 26, p. 9; *Franks v EPO*, [1994] ILOAT Sentencia No. 1333.

¹¹⁹ Con respecto al proceso de acceso de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, también se ha argumentado que “[d]esde una perspectiva de los ciudadanos, la acceso garantizará a cualquier persona que reclame ser víctima de una violación al Convenio por una institución u organismo de la Unión la posibilidad de presentar una queja en contra de la Unión ante la Corte de Estrasburgo bajo las mismas condiciones que aquellos que presentan quejas en contra de los Estados Miembros”, *vid.*, Viviane Reding, Vice-Presidente de la Comisión Europea responsable de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, *The EU’s accession to the European Convention on Human Rights: Towards a stronger and more coherent protection of human rights in Europe*, Bruselas, 18 de marzo de 2010, disponible en: <http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/pdf/speeches/speech_20100318_1_en.pdf>, (último acceso en febrero 2013).

¹²⁰ Para una visión general de la labor del Panel *vid.*, *Accountability at the World Bank, The Inspection Panel, 10 Years On*, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2003, *vid.*, también la página web del

Interamericano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y el Banco Africano de Desarrollo, los cuales han establecido sus respectivos paneles internos de inspección.¹²¹ Después de que el Panel Interno de Inspección del BM fue criticado por que sus recursos internos no cumplían con el estándar de efectividad,¹²² en 2011 complementó su mecanismo interno con un procedimiento de sanciones, el cual opera en casos de corrupción y fraude cometidos por individuos y compañías involucrados en las actividades del Banco. Mientras que este proceso de sanciones es limitado en cuanto a la admisibilidad *ratione personae* y *materiae* de las demandas, algunos autores consideran al mecanismo como ejemplo a adoptar por las OI, ya que contiene varios elementos propios de los mecanismos judiciales de solución de controversias.¹²³

Este avance de carácter procesal, el cual da cabida a las demandas de los particulares, no implica necesariamente que las OI reconozcan estar obligadas por los derechos humanos o por el componente internacional del Estado de Derecho. No obstante, se pueden encontrar muestras de aceptación en los documentos oficiales de las OI, tal como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Reunión de

Panel de Inspección en: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0,,menuPK:64132057~pagePK:64130364~piPK:64132056~theSitePK:380794,00.html>>, (último acceso en febrero 2013).

¹²¹ Para una visión general *vid.*, S. I. SKOGLY, *The Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary Fund* (Cavendish Publishing Ltd, 2001) 180-185.

¹²² *Ibidem* 180-181; S. R. ROOS, "The World Bank Inspection Panel in its Seventh Year: An Analysis of its Process, Mandate and Desirability with special reference to the China (Tibet) case", en J. A. FROWEIN y R. WOLFRUM (eds.) *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, 2001, 473-521; A. BUIRA, (ed.) *Challenges to the World Bank and IMF*, Antham Press, 2003; K. Wellens, *Remedies against International Organizations*, Cambridge University Press, 2004, pp. 185 y ss.

¹²³ LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES y EDOUARD FROMAGEAU, "Balancing the Scales: The World Bank Sanctions Process and Access to Remedies" (2012), en 23 *European Journal of International Law* 963.

Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional, la cual establece que

[...]el Estado de Derecho se aplica a todos los Estados por igual y a las organizaciones internacionales, incluidas las Naciones Unidas y sus órganos principales, y que el respeto y la promoción del Estado de Derecho y la justicia deben guiar todas sus actividades y conferir previsibilidad y legitimidad a sus acciones. También reconocemos que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están obligadas a acatar leyes justas, imparciales y equitativas, y tienen derecho a igual protección de la ley, sin discriminación.¹²⁴

Por consiguiente, puede observarse que las contestaciones de las cortes nacionales, con el apoyo de varios órganos internacionales, contribuyen a elevar el nivel de respeto de los derechos humanos por parte de las OI. Sin embargo, que estas muestras de aceptación se desarrollen en una tendencia generalizada dependerá de la práctica de los tribunales nacionales y el diálogo que establezcan con otras cortes e instituciones internacionales.

3. DE LA RECEPCIÓN A LA INTERACCIÓN

Parece ser que las cortes y otras instituciones internacionales están listas para abordar el cuestionamiento planteado por algunas cortes nacionales sobre si el régimen restrictivo de las inmunidades de las OI también debe ser aplicado a la ONU. Ciertamente, aún no se termina de definir si se debe aplicar un régimen uniforme a todas las OI, sin importar las diferencias entre su composición, su estructura institucional, su posición jurídica, sus funciones, poderes y mandatos. En ese sentido, podría considerarse a la ONU como especial, ya que ocupa un lugar importante en la comunidad jurídica internacional debido a su particular mandato

¹²⁴ UN Doc. A/67/L.1, párr. 2; otros ejemplos incluyen el Reporte del Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo, Doc. 13370, 17 de diciembre de 2013.

y facultades. Por ejemplo, con respecto a los actos y omisiones de la MINUK y las fuerzas KFOR de la OTAN que operan en Kosovo, de conformidad con una resolución del CS de la ONU, el TEDH apuntó en los casos *Behrami* y *Saramati*¹²⁵ que los poderes confiados a la Organización bajo el Capítulo VII de la Carta de la ONU eran fundamentales para la misión de dicha OI para mantener la paz y seguridad internacionales. Por ende, la implementación que los Estados Miembros realizan no debería estar sujeta al escrutinio del TEDH, ya que esto podría comprometer la conducción efectiva de las operaciones de la ONU.¹²⁶ Esto conllevó a que la Suprema Corte neerlandesa concluyera en el caso *Mothers of Srebrenica*¹²⁷ que los actos y omisiones de las Fuerzas de Protección de Naciones Unidas, las fuerzas destacadas en la Antigua Yugoslavia bajo mandato del capítulo VII para el mantenimiento de la paz, no podrían ser examinados bajo el estándar de *Waite y Kennedy*.¹²⁸ Más bien, la Corte Suprema determinó que las inmunidades de la ONU deberían reconocerse a pesar de que no existiere recurso jurídico alguno para los individuos cuyos derechos hubieran sido presuntamente conculcados por la ONU. En ese sentido, el la Corte Suprema declaró a las inmunidades de esa Organización como absolutas.¹²⁹ En procesos legales subsecuentes ante el TEDH, el Tribunal de Estrasburgo respaldó la decisión de la Corte Suprema de los Países Bajos.¹³⁰ A pesar de que concedía que las víctimas del genocidio en Srebrenica no contaban con recurso jurídico alguno ni ante los tribunales nacionales ni ante

¹²⁵ Appl Nos 71412/01, y 78166/01 *Behrami and Behrami v France; Saramati v France, Germany and Norway* (2007) (TEDH, Decisión de admisibilidad de 2 de mayo de 2007).

¹²⁶ *Ibidem* párr. 149.

¹²⁷ *Mothers of Srebrenica v Netherlands and United Nations, Final appeal judgment* (nota 16).

¹²⁸ Con respecto al caso *Waite and Kennedy*, *vid.*, Sección IV(A).

¹²⁹ *Mothers of Srebrenica v Netherlands and United Nations, Final appeal judgment* (nota 16) párr. 4.3.6.

¹³⁰ App No 65542/12 *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v The Netherlands* (TEDH, sentencia de 11 de junio de 2013).

la ONU, el TEDH se rehusó a aplicar el estándar desarrollado en su sentencia *Waite y Kennedy*. Al contrario, reafirmó la postura tomada en los casos *Behrami* y *Saramati*, y consideró que si permitiera que las operaciones de la ONU ejecutadas bajo el Capítulo VII de la Carta pudieran ser sometidas a la jurisdicción de las cortes nacionales abriría la puerta para que los Estados, a través de sus tribunales, pudieran interferir en el cumplimiento de la misión principal de la ONU en el campo de la seguridad y la paz internacionales.

Mientras que el TEDH decidió no exigir el requisito de protección alternativa respecto de las inmunidades de la ONU, sí aplicó este criterio en otros casos presentados contra la implementación a nivel nacional de actos de la ONU. Los dos casos relevantes aluden a la ejecución de medidas dictadas por el CS sobre sanciones selectivas adoptadas bajo resolución del Capítulo VII de la Carta, y fueron influenciados por la práctica de los tribunales nacionales en torno a la jurisprudencia *Solange* de la Corte Constitucional de Alemania. Expresamente, el TEDH también fue influenciado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso *Kadi*, en donde la TJUE estableció que la implementación de las sanciones selectivas del CS de la ONU violaría los derechos humanos reconocidos en el orden jurídico comunitario europeo, en particular el derecho a un juicio justo y el derecho a un recurso jurídico.¹³¹ Así, en el caso *Nada*,¹³² el TEDH determinó que las normas de la ONU no impiden el control judicial de los actos que implementan, a nivel nacional, las decisiones adoptadas por el CS del mandato del Capítulo VII de la Carta. Por consiguiente, sostuvo que Suiza violó

¹³¹ Casos C-402/05 P y C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities* (2008) [2008] ECR I-06351 (TEJ, Sentencia de 3 de setiembre de 2008, ‘Kadi I (TEJ)’). *Vid.*, también JULIANE KOKOTT Y CHRISTOPH SOBOTTA, “The Kadi Case-Constitutional Core Values and International Law-Finding the Balance?” (2012), en 23 *European Journal of International Law* 1015.

¹³² Appl No 10593/08 *Nada v Switzerland* (2012) (TEDHR, Pleno, Sentencia de 12 de setiembre de 2012).

el derecho de acceso a los tribunales conferido por el Convenio, ya que no brindó al demandante los recursos efectivos para oponerse a la implementación de las sanciones impuestas por el CS. Posteriormente, en el caso de *Al-Dulimi et Montana Management*,¹³³ el TEDH estableció que la ONU no aseguró una protección equivalente de los derechos humanos. Por ende determinó que la presunción establecida en el caso *Bosphorus*, la cual considera que la implementación de un acto de una OI realizada por un Estado Miembro es acorde con lo establecido en el Convenio Europeo, no era aplicable respecto de la ONU. Por ende, se podría concluir de lo anterior que el TEDH cuenta con que los tribunales nacionales revisen el cumplimiento con los derechos humanos de los actos de las OI y únicamente permitan la implementación de aquellos actos que no violen el derecho de los individuos a un recurso legal. Así, a pesar de que el TEDH mismo eventualmente no es competente para controlar los recursos internos disponibles dentro de la ONU, obliga a las cortes nacionales a llevar a cabo dicho control. Ciertamente, esto parece ser una invitación a los tribunales nacionales para complementar el control judicial del TEDH y compensar la ausencia de jurisdicción del Tribunal Europeo sobre las OI.

Incentivos similares para realizar este control judicial nacional son también impulsados, no solo por parte de las cortes internacionales, sino también por otras OI. Por ejemplo, respecto a las sanciones selectivas del CS de la ONU, la Asamblea General de la ONU (AG) “[i]nsta a los Estados a que, velando por el pleno cumplimiento de sus obligaciones internacionales, incluyan las debidas garantías de los derechos humanos *en sus procedimientos nacionales* para la inclusión de personas y entidades en la lista con miras a combatir el terrorismo”.¹³⁴ De este modo, los procedimientos nacionales in-

¹³³ App No 5809/08 *Al-Dulimi and Montana Management Inc v Switzerland* (TEDH, Sentencia de 26 de noviembre de 2013).

¹³⁴ Resolución 63/185 de la AG de la ONU, Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (3 marzo

cluyen procesos jurisdiccionales.¹³⁵ El Relator Especial de Naciones Unidas se adhirió a ese llamado expresando que debido a

[Q]ue en el ámbito de las Naciones Unidas no existe un examen independiente[...], las decisiones judiciales o cuasi judiciales del Consejo de Seguridad tienen carácter preliminar y no definitivo, [y] es esencial que las personas y entidades incluidas en la Lista puedan someter a un examen del sistema judicial nacional toda medida destinada a aplicar las sanciones.¹³⁶

Esta tendencia puede ser considerada como un reflejo de la interdependencia y la interacción entre las cortes nacionales y las instituciones internacionales en la protección de los derechos humanos y la promoción del Estado de Derecho en el plano internacional.

V. ESBOZANDO UN MARCO NORMATIVO PARA LA INTERACCIÓN ENTRE LAS CORTES NACIONALES Y LAS INSTITUCIONES INTERNACIONALES

1. INTERDEPENDENCIA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Un breve repaso de las decisiones de las cortes y otras instituciones internacionales podría sugerir que la necesidad de revisar el alcance de las inmunidades otorgadas a las OI se origina en el seno de los tribunales nacionales. Sin embargo, como se señaló en la sección

2009) UN Doc A/RES/63/185 párr. 20 (énfasis añadido).

¹³⁵ A Peters, 'Commentary to Article 25,' en B Simma (ed.), *Commentary of the UN Charter*, 761-854, 841.

¹³⁶ Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, UNGA A/65/258 (6 de agosto de 2010) 20, párr. 58. La expresión original del Relator Especial en inglés inicia con "as long as", haciendo una clara alusión a la jurisprudencia Solange. Sin embargo, la traducción oficial de la ONU al español prescinde de ella, perdiéndose la referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional Alemana. [N. T.]

anterior, tal esfuerzo parece ser el compromiso común de los tribunales nacionales e internacionales, así como de otras instituciones. Por ejemplo, después de que el TEDH emitió su sentencia en el caso *Waite y Kennedy*, las cortes nacionales tuvieron un mayor ímpetu así como un fundamento jurídico para examinar si era posible, y bajo qué condiciones, negar las inmunidades a las OI. Incluso, mientras que muchas de las decisiones de los tribunales locales que abordaron el derecho de acceso a la justicia de los empleados de las OI fueron anteriores a la sentencia de *Waite y Kennedy* del TEDH, tales decisiones nacionales reiteraron la opinión de la CIJ en *Efectos de los Fallos del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas en los que se fijan compensaciones*, en donde la Corte determinó la obligación de la ONU de proveer recursos jurídicos para sus propios funcionarios.

Tal y como se demostró en esos ejemplos, los alcances de las inmunidades y las obligaciones que emanan de éstas para los Estados y las OI han sido moldeadas por el diálogo entre los tribunales nacionales e internacionales. Cada uno de éstos ha aportado un fundamento jurídico para que, por una parte, los tribunales nacionales puedan implementar las decisiones de las cortes internacionales y, por otra, las decisiones de los tribunales nacionales puedan producir efectos jurídicos en el derecho internacional y puedan ser tomadas en cuenta por las cortes internacionales. Por ende, a nivel nacional, la práctica de los tribunales nacionales fue guiada y, en algunos aspectos, determinada por el derecho internacional de los derechos humanos, tal y como fue interpretado por las cortes internacionales, en particular si se consideran las decisiones del TEDH sobre las limitaciones injustificadas al derecho humano de acceso a los tribunales y el derecho a un recurso jurídico. Los tribunales nacionales deben cumplir con las decisiones de las cortes internacionales de acuerdo con el respectivo instrumento constitutivo de esos tribunales,¹³⁷ así como de conformidad con el Artículo 27 de la

¹³⁷ *Vid.*, v. g., el Artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Artículo 59 del Estatuto de la CIJ.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,¹³⁸ sin que se pueda justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales oponiendo derecho nacional, incluyendo las normas constitucionales. Incluso, las decisiones de los tribunales internacionales y europeos no solo producen efectos jurídicos para los Estados que son partes en una controversia (efecto *inter partes*), sino que afectan las expectativas normativas de todos los Estados que potencialmente puedan ser partes en controversias similares.¹³⁹

A nivel internacional, las decisiones de las cortes nacionales son relevantes para los tribunales internacionales en el sentido de que plasman parte de la práctica de los Estados y, por lo tanto, son consideradas como evidencia del derecho consuetudinario internacional, el cual debe ser aplicado por los tribunales internacionales. Asimismo, las cortes nacionales también determinan los principios generales del derecho que los tribunales internacionales aplican en la toma de decisiones. Así, según el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ, las decisiones judiciales de las cortes nacionales son medios auxiliares para determinar el derecho internacional. Por ende, aun en las situaciones en que parece que los tribunales nacionales meramente están cumpliendo con una obligación internacional, éstos necesariamente también interpretan esas obligaciones y, consecuentemente, contribuyen sistemáticamente al desarrollo del derecho internacional. De este modo, las sentencias de las cortes nacionales no son únicamente hechos que son retomados por los tribunales internacionales, sino que también cumplen una función legal en cuanto a que pueden determinar, de manera definitiva, los dere-

¹³⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (nota 49) Art. 27.

¹³⁹ VON BOGDANDY y VENZKE, *In wessen Namen?* (nota 86). *Vid.*, también la Opinión Disidente del Juez SIR ROBERT JENNINGS en *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahirija v. Malta)*, Demanda sobre la intervención, Sentencia, ICJ Reports 1984, p.3, y las declaraciones del Juez SIMMA en *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010, p. 403.

chos y obligaciones legales bajo el derecho internacional.¹⁴⁰ Por lo tanto, cada vez son más los académicos que consideran que las cortes nacionales son agentes del orden jurídico internacional.¹⁴¹ El cuestionamiento a las inmunidades de las OI realizado por las cortes nacionales, y examinado en este capítulo, es un gran ejemplo del papel que los tribunales nacionales han desempeñado en la aplicación, interpretación y desarrollo del derecho internacional.

2. SEPARACIÓN DE PODERES Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El cuestionamiento a las inmunidades debe ser visto como parte de una serie de contestaciones a la legitimidad de las OI y el derecho internacional en general.¹⁴² En este contexto, el respeto a los de-

¹⁴⁰ ANDRÉ NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law* (Oxford; New York, Oxford University Press, 2011), pp. 8-10.

¹⁴¹ CHRISTOPH SCHREUER, *Die Behandlung internationaler Organakte durch staatliche Gerichte* (Berlin, Duncker und Humblot, 1977); ANTONIO CASSESE, "Remarks on Scelle's Theory of Role Splitting (dedoublement fonctionnel) in International Law" (1990), en *1 European Journal of International Law* 210, 210; DEIRDRE CURTIN y ANDRÉ NOLLKAEMPER, "Conceptualizing Accountability in International and European Law" (2005), en *36 Netherlands Yearbook of International Law* 3; YUVAL SHANY, "Dédoublement fonctionnel and the Mixed Loyalties of National and International Judges" en F. FONTANELLI, G. MARTINICO y P. CARROZZA (eds.), *Shaping Rule of Law Through Dialogue: International and Supranational Experiences* (Groningen, Europa, 2010) 27.

¹⁴² Special Issue: The Exercise of Public Authority by International Organizations, *supra* nota 12, A. PETERS, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", en *Leiden Journal of International Law* 19 (2006) 579-610; J. HABERMAS, "Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft", en W. BRUGGER *et al.*, (eds.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert* (2008) S. CHESTERMAN, "UNaccountable? The United Nations, Emergency Powers and the Rule of Law", en *42 Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2009) 1509-1541; G. HAFNER, "Can International Organizations be controlled? Accountability and Responsibility", en *97 Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law* (2003) 236- 240.

rechos humanos puede ser considerado como uno de los criterios para brindar legitimidad los actos internacionales. De este modo, se ha planteando la necesidad de desacatar normas internacionales cuando representen violaciones lo suficientemente serias a principios normativos, tales como el principio procesal de la adecuada participación, la rendición de cuentas y la protección de los derechos humanos fundamentales.¹⁴³ El común denominador de estas contestaciones es la búsqueda del Estado de Derecho en el plano internacional, y el principio que señala que cualquier ejercicio de autoridad soberana, incluyendo el de aquellos actos ejecutados por las OI, debe basarse en la autoridad conferida por las normas y, consecuentemente, controladas por las mismas.¹⁴⁴ El Estado de Derecho en el plano internacional requiere, *inter alia*, que el ejercicio de poder de una autoridad pública internacional se ajuste a los estándares fundamentales de derechos humanos.¹⁴⁵ Asimismo, en

¹⁴³ Cfr. KUMM, "The Legitimacy of International Law" (nota 47) 917; ERNEST A. YOUNG, "The Trouble with Global Constitutionalism" (2003) 38 *Texas International Law Journal* 527; JED RUBENFELD, "The Two World Orders" (2003) *The Wilson Quarterly* 22. Vid., también el razonamiento de las cortes nacionales e internacionales en los casos mencionados anteriormente como Solange I, Kadi y Nada.

¹⁴⁴ VON BOGDANDY, DANN y GOLDMANN, "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities" (nota 12); GIANLUIGI PALOMBELLA y NEIL WALKER, *Relocating the Rule of Law* (Oxford, Hart, 2009); MATTIAS KUMM, "International Law in National Courts: The International Rule of Law and the Limits of the Internationalist Model" (2003), en 44 *Virginia Journal of International Law* 19, 22; NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, (nota 140).

¹⁴⁵ H. KELLER y A. FISCHER, "The UN Anti-terror Sanctions Regime under Pressure" (2009), en 9 *Human Rights Law Review* 257; ERIKA DE WET y ANDRÉ NOLLKAEMPER (eds.), *Review of the Security Council by Member States* (Intersentia, 2003). Recent resolutions of the United Nations Security Council, notably those resulting in the freezing of assets of individuals and organisations suspected of involvement in international terrorism, have had far-reaching consequences for Member States and individuals. In addition, they might conflict with international human rights standards that are binding on the Security Council.

caso de que la autoridad contravenga sus obligaciones legales, ya fueren internacionales o nacionales,¹⁴⁶ debe hacersele responsable por sus actos con base en lo determinado por las normas jurídicas. En particular, este último requisito evidencia uno de los problemas estructurales del derecho internacional, a saber, la ausencia de un poder judicial internacional independiente y coercitivo que pueda revisar las violaciones a los derechos humanos cometidas por las OI.

El papel que debería corresponder a los jueces internacionales de controlar el cumplimiento de los derechos humanos por parte de las OI ha sido reclamado de manera creciente por los tribunales nacionales. Mientras que las cortes locales siempre han sido el primer foro para adjudicar sobre los derechos y obligaciones de los particulares, éstas también se están convirtiendo en el primer foro para atender sus reclamos internacionales, haciendo que surjan como sujetos del marco jurídico internacional.¹⁴⁷ De este modo determinan, interpretan y aplican los derechos humanos y el Estado de Derecho internacional a las OI, y ejercen una función complementaria que usualmente es encomendada a los tribunales internacionales. Así, los tribunales nacionales e internacionales se complementan uno con el otro para la protección de los derechos humanos. Es cierto, puede parecer casi paradójico que mientras los tribunales internacionales vigilan la observancia de los derechos humanos ejercida por las cortes y otras autoridades nacionales, los jueces nacionales vigilan la observancia de los derechos humanos por parte de las autoridades internacionales. Así, las deficiencias en la protección de los derechos humanos y el Estado de Derecho, y más ampliamente, las deficiencias en los pesos y contrapesos entre las diferentes autoridades en un sistema jurídico, son compensadas

¹⁴⁶ Sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales en el derecho nacional *vid.*, AUGUST REINISCH, "Accountability of International Organizations According to National Law" (2005), en 36 *Netherlands Yearbook of International Law* 119.

¹⁴⁷ NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law* (nota 140) 12.

por otro sistema jurídico. Lo particular en este desarrollo es que la separación de poderes no sólo está siendo establecida entre las autoridades pertenecientes al mismo orden jurídico, sino que también entre las autoridades pertenecientes a distintos órdenes jurídicos. Por lo tanto, este desarrollo presenta una nueva etapa en la creciente interdependencia entre diferentes sistemas normativos.

A pesar de la función complementaria que ejercen las cortes nacionales para proteger los derechos humanos en contra de las violaciones cometidas por las OI, tales tribunales difícilmente pueden ser considerados como el foro más apropiado para adjudicar estos temas. Una de las razones es que las OI pueden ser sometidas a interferencias y al control unilateral por parte del Estado-foro, lo que puede afectar su independencia y funcionamiento.¹⁴⁸ Otro inconveniente es que la elección de los tribunales nacionales como foro para dirimir estas controversias puede resultar en una jurisprudencia fragmentada y desigual, aún se trate de la misma OI y del mismo objeto materia de controversia. Esto puede comprometer tanto las OI, así como también la certeza legal en cuanto a la protección de las víctimas.¹⁴⁹ En casos de controversias laborales entre las organizaciones y sus empleados, las cortes nacionales podrían también carecer de la experiencia suficiente para aplicar el derecho

¹⁴⁸ Ésta ha sido la razón principal para concluir tratados sobre privilegios e inmunidades; *vid.*, E. H. FEDDER, "The Functional Basis of International Privileges and Immunities: A New Concept in International Law and Organization", (1960) *Am. U L Rev* 9, 60-69. En ese sentido, también la renuncia de las inmunidades está reglamentada; para una disposición estándar *vid.*, el Artículo IV, Sección 14 de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, la cual estipula que "[s]e concederán privilegios e inmunidades a los representantes de Miembros no en provecho propio sino para salvaguardar su independencia en el ejercicio de sus funciones en relación con las Naciones Unidas".

¹⁴⁹ Esto acarrearía mayor fragmentación con respecto a la obligación de los Estados de dar cumplimiento a las obligaciones en derechos humanos; *vid.*, en sentido positivo, LAURENCE R. HELFER, "Forum Shopping for Human Rights" (1999), en *148 University of Pennsylvania Law Review* 285.

administrativo internacional.¹⁵⁰ Del mismo modo, incluso en los casos en donde las inmunidades no son un problema, por ejemplo cuando se produce la respectiva renuncia por parte de una OI, la cuestión persiste sobre cuáles medidas de ejecución pueden ser consideradas como apropiadas para la implementación de la sentencia de la corte nacional.¹⁵¹ Sin embargo, la mayor inquietud es que si a cada Estado se le permite examinar tanto los actos de las OI, como los actos jurídicos nacionales que los implementan internacionales, la obligatoriedad de los actos internacionales podría ser puesta en duda.¹⁵² Por consiguiente, la protección de los derechos humanos contra las violaciones de las OI a nivel local no termina de satisfacer y la acción a nivel internacional es necesaria.

Por ende, el papel de los tribunales internacionales en la solución de controversias relacionadas con las OI debe ser considerado únicamente como subsidiario y de última instancia. Así, propongo que el ejercicio de los poderes de adjudicación ejercido por las cortes nacionales se guíe por el principio de subsidiariedad. Dicho principio ha sido fundamental en el constitucionalismo europeo, e indica que en las áreas que no son competencia exclusiva de la UE, ésta actuará sólo si los objetivos perseguidos por la UE no pueden ser alcanza-

¹⁵⁰ AUGUST REINISCH, "The Immunity of International Organizations and the Jurisdiction of their Administrative Tribunals" (2008), en *7 Chinese Journal of International Law* 285.

¹⁵¹ Por ende, los tratados de privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales hacen una diferencia entre la renuncia de las inmunidades para someterse a la jurisdicción de una corte nacional con aquella de la inmunidad para la ejecución. Por ello, el Artículo II, Sección 2 dispone, de igual manera que otros tratados de inmunidades, que "[s]e entiende, sin embargo, que esa renuncia no se aplicará a ninguna medida judicial ejecutoria".

¹⁵² Con respecto a la revisión de los actos adoptados por el CS de ONU *vid.*, ANNE PETERS, "Article 25", en B. SIMMA *et al.*, (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol I (3º ed., Oxford University Press, 2012) 840.

dos por los Estados Miembros.¹⁵³ El principio de subsidiariedad es también uno de los principios centrales que apuntalan el sistema de protección de los derechos humanos bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹⁵⁴ En dicho contexto, esto implica que la tarea principal de asegurar el respeto de los derechos humanos, tal y como son estipulados en el Convenio, recae en los Estados, y que el TEDH puede y debe intervenir sólo si las autoridades nacionales no cumplen con esa tarea.¹⁵⁵ Mientras que la subsidiariedad no ha sido ampliamente reconocida como uno de los principios generales del derecho internacional, sí ha sido invocada cada vez más como un principio político y jurídico que debe gobernar la asignación y ejercicio de los poderes de las organizaciones internacionales, así como en el marco de la gobernanza compuesta por diversos niveles (gobernanza multinivel).¹⁵⁶ Con el propósito de mediar entre la tendencia del nivel de gobernanza de arriba de imponer una unidad centralizada, y la tendencia del nivel de gobernanza de abajo de proteger las diferencias locales, el principio establece la preferencia por el nivel de gobernanza más bajo. Por consiguiente, se pretende proteger la autonomía de los individuos, la identidad cultural, la gobernanza democrática, la soberanía nacional y la eficiencia.¹⁵⁷ Por lo tanto, la

¹⁵³ Artículo 5(3) del Tratado de la Unión Europea y Protocolo (No. 2) sobre la Aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

¹⁵⁴ Sobre el principio de subsidiariedad, *vid.*, capítulos 9 (Birgit Peters) y 12 (Machiko Kanetake) en M. KANETAKE y A. NOLLKAEMPER, (eds.) *The Rule of Law at the National and International Levels: Contestations and Deference* (Hart Publishing, Oxford).

¹⁵⁵ Conferencia de Alto Nivel sobre el Futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Declaración de Interlaken de 19 de febrero de 2010.

¹⁵⁶ KUMM, "The Legitimacy of International Law" (nota 2); ANDREAS FOLLESDAL, "Subsidiarity" (1998), en 6 *Journal of Political Philosophy* 231; PAOLO G. CAROZZA, "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law" (2003), en 97 *American Journal of International Law* 38.

¹⁵⁷ *Vid.*, Kees van Kersbergen y Bertjan Verbeek, 'The Politics of Subsidiarity in the European Union' (1994) 32 *JCMS: Journal of Common Market Studies* 215. Los

gobernanza en el nivel superior puede actuar únicamente respecto de los intereses que no pueden ser realizados en el nivel de la gobernanza respecto de los intereses que no pueden ser realizados.¹⁵⁸

Tal y como la práctica nacional e internacional discutida en este trabajo sugiere, aun cuando los poderes y las competencias han sido transferidos hacia un nivel de gobernanza superior, como lo es hacia una OI, las cortes nacionales no están dispensadas de ejercer el control judicial en dicho ámbito jurídico. Por lo tanto, a pesar de que la responsabilidad principal de asegurar el respeto de los derechos humanos, y el derecho a un recurso jurídico en particular, haya sido transferida hacia una OI, las cortes nacionales, al menos de manera limitada, pueden y deben continuar con el control judicial de los actos de las OI y su implementación en el plano doméstico a fin de garantizar que los individuos no sean privados de los recursos legales mediante los cuales puedan presentar reclamos en contra de los actos de las OI. Así, el principio de subsidiariedad podría legitimar a las cortes nacionales a desconocer las inmunidades de las OI y ejercer su jurisdicción sobre éstas “siempre y cuando” los mecanismos internacionales de solución de controversias, incluyendo los recursos internos disponibles dentro de las OI, no cumplan con los estándares de efectividad para la protección de los derechos humanos.

VI. CONCLUSIÓN

Mientras que el “diálogo judicial”, la “fertilización cruzada” y otras nociones describen la influencia que las cortes nacionales e internacionales tienen unas sobre las otras, el impacto de los tribunales

autores argumentan que el aparente consenso sobre el concepto de subsidiariedad ha sido únicamente obtenido mediante la ofuscación.

¹⁵⁸ I. FEICHTNER, “Subsidiarität”, en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008-, versión en línea, <www.mpepil.com> (último acceso febrero 2013); G. A. BERMANN, “Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States” (1994), en *94 ColumLRev* 331- 456.

nacionales sobre las instituciones internacionales no ha sido investigado con la misma profundidad. Claro está, la interacción entre las autoridades judiciales nacionales e internacionales ha sido más intensa, en particular si se compara con el papel secundario que las instituciones internacionales habían reconocido a los tribunales nacionales en tiempos anteriores. Sin embargo, esto parece estar cambiando. No solamente las cortes nacionales están ganando una posición de mayor igualdad *vis-à-vis* los tribunales internacionales, sino que también están fortaleciendo su posición jurídica y política *vis-à-vis* las OI en general. Debido a la ausencia de controles judiciales para la revisión de los actos de las OI en el plano internacional, a las cortes locales se les encomienda cada vez más la tarea de complementar la labor jurisdiccional internacional para examinar la legalidad y legitimidad de los actos de las OI, así como de su implementación a nivel nacional. Por lo tanto, esta forma nacional de control judicial no puede ser vista como un mero acto unilateral de un Estado, sino como una labor que es encomendada a los tribunales nacionales por las cortes y otras instituciones internacionales.¹⁵⁹ Así, el control jurisdiccional descentralizado de los actos adoptados por las OI refleja también una característica general del derecho internacional, esto es, que se crea, aplica y cumple de forma descentralizada. No obstante, ya que el control de los actos de las OI implica una serie de dificultades, el desafío a las inmunidades de las OI deberá ser únicamente utilizado de manera temporal y residual, sería únicamente cuando y mientras que, las víctimas a las que alguna OI les conculcó sus derechos humanos, no cuenten con algún mecanismo de protección alternativo.

¹⁵⁹ *Vid.*, también PETERS, “Article 25” (nota 152) 842, donde la autora argumenta que el control jurisdiccional indirecto de las decisiones del CS de la ONU por parte de las cortes nacionales no viola el Artículo 25 de la Carta de la ONU.

LA FUNCIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y LA AUTODETERMINACIÓN EN LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO DE MEXIHKO-TENOCHTITLAN

JOSÉ LUÍS GARCÍA ESPÍNDOLA¹

RESUMEN: Este artículo es una síntesis dialéctica entre la guerra florida del México precuahtémico y el Derecho Internacional Humanitario, a través del hilo conductor de los usos costumbres, en tanto que son fuente de derecho consuetudinario, lo que, incluye categorías filosóficas, tales como el *reconocimiento* y la *autodeterminación*. Se analizan los procesos de juridificación internacional en materia humanitaria durante el ritual de la *guerra florida*, dicho estudio se hace a partir de la óptica de los principios de *precaución de ataque* y de *distinción*, así como el trato a prisioneros de guerra contenidos en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, para dar cuenta de una Confederación política de naciones aliadas. Así, se supera la noción imperial *aztekah*, que ha quedado obsoleta ante la hermenéutica que guía la lengua nahua.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Humanitario, autodeterminación, reconocimiento, leyes de guerra *mexihka-tenochka*.

ABSTRACT: This paper, is a dialectical synthesis about the ritual war in the ancient Mexico and the International Humanitarian Law, throw about the custom purposes as sources of customary law. It includes philosophical categories, as recognition and self-determination. The analysis turns around the procedure in the international legislation, at humanitarian matter during the ritual war, from the principle of distinction, and the principle of human treatment, including the treatment for prisoners of war, cataloged in the Geneva Conventions and later additions, only for give a testimony about this Confederation composed by allied nations. In this context the Aztec empire has been overcome, it became obsolete against this hermeneutic study, guided by the nahua language.

¹ Maestro en Política Criminal por la UNAM FES, Acatlán. Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica: IN303211-3.

KEY WORDS: *International Humanitarian Law, self-determination, recognition, Mexica-techocha warfare law.*

SUMARIO: I. Introducción; II. La *autodeterminación* y el *reconocimiento*, para una arqueología de la violencia en la guerra de las sociedades primitivas; III. La guerra ritual y la filosofía del Derecho Consuetudinario *mexihka-tenochka*; IV. El Derecho Internacional Humanitario: los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales; V. El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario en el México precuahtémico; VI. Conclusiones.

*In kexkixkauh manitzin Zemanahuak,
aik polihuiiz, in itenyo, in itahuaka
in Mexihko-Tenochtitlan.*

CHIMAILPAIN

I. INTRODUCCIÓN

La antigua ciudad de Mexihko-Tenochtitlan,² fue en su etapa de esplendor, una de las urbes mejor logradas de su época, su composición política, jurídica, social y cultural, son elementos que pertenecían a una misma constelación de ordenamientos regidos por la fuerza de la costumbre. En el proyecto fundacional *mexihka tenochka*, es posible observar una tendencia de aglu-

² En este texto se usará la variante del náhuatl que ha rescatado la escritura de la sociedad cultural de la Conformidad Ollinkan, en la cual la 'h' se pronuncia como 'j' (excepto cuando aparece antes de la 'u', donde se conserva muda) mientras que la 'c' es sustituida por la 'k', debido a que el sonido es más fuerte. La asesoría lingüística para la traducción, la interpretación y la composición gramatical, está dentro de la línea de la etnia nahuahablante de Santa Ana Tlacotenco, en la delegación de Milpa Alta al sur de la actual Ciudad de México. *Vid.* Galicia, Oswaldo, Galicia, Roque (*et. al*) *Tōtlahtul yultot*, México, Secretaría de Desarrollo Rural y Equidad para las Comunidades, Secretaría de Gobierno del Distrito Federal, 2008. En este sentido esta postura de variante náhuatl, es en sentido dialéctico, la disposición de elementos de dos variables diversas de la lengua, para acceder a los registros genéticos de este lenguaje materno en una perspectiva sintética, que sirva para hacer una arqueología lingüística acerca de la etnia que fundó Mexihko-Tenochtitlan. Es preciso aclarar que, como en el idioma náhuatl, todas las palabras son graves, es decir, que el acento cae en la penúltima sílaba, se respetará su pronunciación general al no acentuar ninguna de las palabras en esta lengua materna contenida dentro de este documento.

tinamiento de las culturas que les antecedieron, tales como Teotihuakan y la *tollan* de los toltecas (la legendaria Tula, Hidalgo), en donde los *aztekah* (aztecas; la ‘h’ al final se usa para pluralizar), se asentaron años antes de la fundación de su ciudad. La influencia de la mixteca en el arte pictórico y escultórico de los *mexihkah-tenochkah*, es fácilmente perceptible, mientras que la herencia arquitectónica del Templo Mayor de Mexihko, es una tendencia chichimeka de Tenayokan (hoy Tenayuca, Estado de México). Estos elementos apuntan a una cultura incluyente, fundamentada en principios humanitarios, que en este artículo se desentrañan de los registros lingüísticos, jurídicos y políticos, con el objetivo de reinterpretar la cultura nahua, desde una arqueología de la violencia, es decir, un método para estudiar la antropología política nahua en las relaciones de poder con las otras culturas originarias, para así desarrollar una filosofía del derecho, fundamentada en la observación de la juridificación de relaciones internacionales de los aliados: Mexihko, Texkoko y Tlakopan, analizadas desde las categorías de la *autodeterminación* en Kant y el *reconocimiento* en Hegel.

Esto para desentrañar la falacia del “imperio azteca” que se exhibe en el nulo desarrollo tecnológico-militar de la cultura nahua, que en 1500 años (desde Teotihuakan hasta el auge de Tenochtitlan) los ejércitos utilizaron siempre las mismas armas rupestres. El Estado tolteca desarrollaba constantemente tecnologías urbanas, de ingeniería hidrodinámica, de agricultura y de observación astronómica, pero ¿por qué no fue capaz de desarrollar armas más sofisticadas a lo largo de 15 siglos? Nigel Davies sostiene que en Tenochtitlan no existía un ejército regular permanente, “no se encontraban permanentemente armados”.³ Esto es explicable, dicen los nahuas, porque en las guerras rituales, las leyes prohibían matar al enemigo, pues éste sólo debía ser capturado y tomado prisionero, el ‘ser’ guerrero, no era sinónimo de asesino, porque lo importante era el conocimiento y la transformación de ‘sí mismo’. Así se puede

³ Davies, Nigel, *El imperio azteca*, México, Ed. Alianza, 1997, p. 206.

presuponer que en México, antes de Kuauhtemok, había toda una instrumentación jurídica basada en principios consuetudinarios, de lo que hoy se conoce como Derecho Internacional Humanitario (DIH), en torno a la protección para los prisioneros y a las víctimas de guerra.

El primer apartado es un marco epistemológico fundamentado en el *racionalismo* de Kant y en el *idealismo alemán*, de cuna hegeliana. Así, el aparato teórico conceptual, es guiado por Pierre Clastres y su arqueología de la violencia, que básicamente es una antítesis del pensamiento de Hobbes acerca del Estado moderno conservado en el uso de la violencia legítima, ya que los pueblos primitivos no vivían un estado de guerra total de todos contra todos, pues también existieron elementos de intercambio entre las tribus primitivas, lo que permite distinguir alianzas tribales y no un estado total de guerra.

En el segundo segmento, se hablará de la guerra ritual, ‘la guerra florida’ (*xochiyaoyotl*), para rastrear el vínculo entre la guerra y la política en el auge de la Triple Alianza, para hallar su relación con el derecho consuetudinario precuahtémico. En esta perspectiva se analizará el pensamiento político-militar de Nezahualkoyotl contenido en su obra poética, para encontrar los vestigios filosóficos acerca del ‘ser’ guerrero, una ontología de la guerra ritual, que está íntimamente ligada con la política internacional de los aliados, en términos de los procesos de *juridificación* durante el auge del triunvirato (*mexihka-akolhua-tepaneka*), expuestos en las leyes de Nezahualkoyotl que impulsaron el desarrollo de su civilización.

El tercer apartado es una exposición de los elementos que componen al Derecho Internacional Humanitario (DIH), desde la instrumentación de los Convenios de Ginebra de 1949, así como sus protocolos adicionales de 1977 y 2001, en donde es importante analizar algunos principios de DIH, acerca de los cuales –por motivos de delimitación–, sólo se les dará seguimiento a dos: i) el *principio de distinción*, que pretende hacer la diferencia entre civiles y militares, y ii) el *principio de precaución de ataque*, que impide la agresión por

sorpesa. Importante es, para este estudio, la Cláusula de Martens, acerca de que *una norma consuetudinaria tiene un estatus normativo*. Así, el tratamiento a prisioneros de guerra establecido por el DIH, es de particular importancia para la lógica jurídico-política de este análisis.

El último capítulo es el planteamiento de una síntesis dialéctica entre: *i)* la juridificación internacional, fundada en una comunidad transnacional implementada por los aliados entre el siglo XV y el XVI en el México central y *ii)* los principios del DIH moderno, como una expresión de civilización, para sintetizar *iii)* los principios del DIH consuetudinario en el México precuahtémico, como una propuesta de *autoidentidad* jurídica para un Estado mexicano contemporáneo, que es acusado por su propio pueblo de ser incapaz de brindar seguridad, ni pública ni subjetiva (en función de los derechos fundamentales) al pueblo que hoy habita el Anahuak.

II. LOS PRINCIPIOS FILOSÓFICOS DE LA AUTODETERMINACIÓN Y EL RECONOCIMIENTO, PARA UNA ARQUEOLOGÍA DE LA VIOLENCIA EN EL ESTUDIO DE LA GUERRA EN LAS SOCIEDADES PRIMITIVAS

Este apartado es un marco epistemológico en materia de filosofía del derecho desde la guía de Kant y de Hegel, en torno al estudio de la antropología política, entendida como el estudio de las relaciones de poder entre diferentes culturas, a partir de los elementos políticos y militares que derivan en procesos de fundación del derecho y su penetración, en espacios donde antes no existía legislación alguna, dicho proceso es la juridificación, que es diferente del de legalización, porque en su núcleo conserva un planteamiento filosófico (al cual se refiere esta arqueología de la violencia), fundamentado en categorías, tales como *i)* la *autodeterminación* y *ii)* el *reconocimiento*.

1. LA AUTODETERMINACIÓN Y LA JURIDIFICACIÓN EN LA PAZ PERPETUA DE KANT

En la filosofía de Kant, la categoría de *libertad* vinculada con la *voluntad*, fundidas ambas con la *autodeterminación* de la filosofía teórica, se distingue de la práctica, al pretender que el principio de autonomía puede ser compatible con el exterior, a partir de una teleología universal basada en acciones conciliadas del libre arbitrio que busca un fin, es en ‘sí mismo’ una máxima universal. El filósofo de Königsberg, parte de la doctrina de la *autodeterminación* del sujeto, que se concilia con la *autodeterminación* de otro sujeto, a partir de los fines universales fundamentales para la *filosofía trascendental*, que nacen desde la esencia racional interna hacia el orden jurídico externo.

[...]El proyecto jurídico de Kant se basa en la reproducción del orden jurídico interno del Estado a nivel internacional; sin embargo, el carácter de la Constitución internacional no queda resuelto, debido a que Kant propone diferentes modelos de Constitución. De manera opcional existe el modelo del Estado mundial, el modelo de la asociación libre de Estados y la República de los pueblos libremente asociados. La idea originalmente kantiana de crear un sistema mundial de Estados confederados o asociados con base en una legislación universal subyace todavía a los experimentos del siglo XX de formar instituciones con carácter de naciones unidas basadas en una juridificación trasnacional.⁴

En la *metafísica de las costumbres*, se deduce la juridificación como un mecanismo de secularización, de purificación del *estado de guerra* de todos contra todos (del que Hobbes ya había hablado), y que para Kant, se repitió en la revolución francesa, lo que identificó como el

⁴ Müller, Klaus, “Del *ius publicum europeum*, a la gobernabilidad global. Estrategias bases y fundamentos de la juridificación” en Becerra, Manuel, *La juridificación de las relaciones internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008. pp. 24-25.

derecho natural, “Que el estado de naturaleza de los pueblos, igual que el de los hombres individuales, es del estado del que se debe salir para entrar en un estado legal”.⁵ En *La paz perpetua* escribió

El estado de paz entre los hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*) que es más bien un estado de guerra [...] en el que si bien las hostilidades no se han declarado, si existe una constante amenaza. El estado de paz debe, por tanto, ser instaurado.⁶

El estado de naturaleza de los pueblos al igual que el de los hombres individuales [...] es únicamente provisional, y sólo en asociación universal de estados (análoga a aquella que por la que el pueblo se convierte en Estado) puede valer perentoriamente y convertirse en un verdadero estado de paz.⁷

2. LA DOCTRINA DEL RECONOCIMIENTO Y LA AUTODETERMINACIÓN EN LA FILOSOFÍA DE HEGEL

A finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, salieron a la luz importantes escritos del llamado *idealismo alemán*, influido por los colapsos, convulsiones y transformaciones que habían traído consigo la Revolución francesa y las guerras napoleónicas. El *idealismo* establece un principio de espiritualidad como inspiración de la normatividad,

Resumiendo la concepción filosófica hegeliana, la fenomenología del espíritu revela la sucesión progresiva de diferentes manifestaciones de la conciencia (subjetiva) que consiste en el pensamiento del objeto, conduce a la autoconciencia como fundamento y culmina finalmente en el saber absoluto, entendido como unidad cohesiva entre subjetividad y objetividad. Sin embargo el saber absoluto es la manifestación del espíritu como autoconciencia, que revela en el

⁵ Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 14.

⁶ Kant, Immanuel, *La paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1989, p.14.

⁷ *La metafísica de las costumbres*, *Op. Cit.*, p.190.

arte, la religión y la filosofía, una esfera diferente al espíritu objetivo, este entendido como el mundo de las instituciones históricas.⁸

En esta tesis, la libertad es una especulación antropológica que se opone a la maquinización de la vida pública representada-dominada por un Estado que, fundado y conservado en la violencia, oprime al individuo, lo hace el *esclavo* de un *amo* que lo domina,⁹ lo cosifica, lo hace una extensión de su deseo, así el conflicto se presenta como un elemento decisivo en la configuración de la libertad, “el conflicto entendido como un proceso de reconocimiento entre partes”.¹⁰ Dicho *reconocimiento* entre sujetos conduce a la intersubjetividad, lo que

[...]requiere un modelo de organización jurídica que sostiene finalmente la libertad de cada uno. Por eso, Hegel sostiene la relación entre personalidad, reciprocidad y derecho, afirmando que la personalidad encierra en general, la capacidad jurídica, constituyendo así el concepto y la base del derecho.¹¹

El *idealismo* alemán surgió como una reflexión ante el despliegue de violencia y de terror que se había vivido recientemente en Europa y Hegel se daba cuenta de que la historia se construía en escenarios de conflicto como consecuencia de la realización histórica. En este sentido, la conciencia de la humanidad se desarrolla progresivamente con la conciencia de libertad, pero se revela también como un altar de sacrificios, es decir, la historia revela la *universalidad* de la conflictividad que desemboca en borbotones de sangre sin tomar

⁸ Müller, Klaus, “la filosofía política del reconocimiento, el derecho y el uso de la violencia. Una interpretación de la filosofía hegeliana” en Fernández, Jorge, (coord.) *Disertaciones de filosofía del derecho*, México, UNAM, Posgrado Fes Acatlán, 2013, p.159.

⁹ Hegel trata la dialéctica del *Amo y el esclavo*, en la *Fenomenología del espíritu*, Vid., G. W. H. Hegel, *La fenomenología del espíritu*, México, FCE, 1966, pp. 117-119.

¹⁰ Müller, Klaus, *Op. Cit.*, p.161.

¹¹ *Idem.*

en cuenta la felicidad de individuos y pueblos.¹² La historia abre el telón de los escenarios más cruentos de conflicto, un “matadero en el que se han sacrificado la felicidad de los pueblos, la sabiduría de los Estados y la virtud de los individuos”.¹³

En este sentido el *idealismo* construyó una teoría del *reconocimiento* como facultad que tienen las personas para establecer relaciones de *autodeterminación*, por lo tanto, en las relaciones interpersonales, el respeto se observa empíricamente como una necesidad, de la superación de la resistencia del individuo a individualizarse, en la *insociable sociabilidad* del ser humano, el antagonismo se entiende como un medio del que se sirve la naturaleza para lograr un desarrollo del hombre en todas sus disposiciones sociales. Adoptando un enfoque teleológico, Kant afirma que existe un progreso en la historia, pero señala también que la integración en la sociedad no se puede tomar como una garantía, dado que el desarrollo progresivo acontece sobre la espalda de los ciudadanos.¹⁴ Con lo que respecta a la transición del estado natural, al estado civil instaurado, “el contexto genealógico incluye la concepción del antagonismo que subyace, con modificaciones, a la concepción filosófica de Hegel, concentrada en la lucha por el reconocimiento, que sustituye la figura del contrato (social)”.¹⁵ Es la expresión del concilio entre los arbitrios libres, de los individuos *autodeterminados* por la voluntad, que se dejan guiar por la *universalidad* de la esencia racional.

3. LA ANTROPOLOGÍA POLÍTICA EN LA ARQUEOLOGÍA DE LA VIOLENCIA DE PIERRE CLASTRES

En el mundo griego, el arqué (de *Ἀρχή*: *Arkhé*; comienzo) hace referencia al origen, y es la raíz etimológica de palabras como ar-

¹² *Ibidem*, p. 163. (Paráfrasis).

¹³ Hegel, G.W.F., *Philosophie der Geschichte*, en Müller, Klaus, *Op. cit.*

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

queología y arquetipo. Así, el interés de este artículo atiende a una arqueología de la violencia expuesta en los argumentos de la antropología política, en torno a: *i*) las relaciones bélicas que surgen por las disputas de poder, para fundar el monopolio del uso de la fuerza legítima y *ii*) en los conflictos entre el poder ya monopolizado, que sofoca represivamente a las diversas expresiones jurídico-políticas que no corresponden a la lógica de dominio del ente estatal. En la *Arqueología de la violencia: La guerra en las sociedades primitivas*, Pierre Clastres expone una antítesis del pensamiento Hobbesiano acerca de la *guerra total* entre los pueblos autóctonos, que se desarrollaron en una etapa pre-estatal y que a partir del surgimiento del Estado moderno, éste ha pretendido aniquilar las disputas primitivas a partir del uso necesario del monopolio de la violencia legítima, en manos de una potestad soberana que asegura con éxito, además, el monopolio de los medios de recaudación impositiva y de la producción del discurso jurídico como expresión legítima del poder.

En esta óptica la *arqueología de la violencia* es un estudio de antropología política, acerca de la barbarie en su forma más brutal: en la guerra misma, en el derrame de sangre que borra el pasado y construye discursos político-militares, para fundar el derecho que se conservará en la propia violencia. Así, es preciso señalar que en la antropología política de Clastres, las sociedades primitivas, lejos de ser partícipes de una *guerra total* de todos contra todos, eran sociedades contrarias a la violencia, por lo que resulta imposible concordar los vestigios de las alianzas entre los pueblos originarios (además del comprobado comercio entre ellos), con el argumento de un barbárico estado primitivo de *guerra total*. El ‘ser social’ necesita del intercambio y la guerra lo impide, guerra y alianza están en dos hemisferios opuestos.

“La guerra es el modo de existencia privilegiado de la sociedad primitiva, por cuanto se divide en unidades sociopolíticas iguales,

libres e independientes”.¹⁶ La sociedad primitiva no puede ser de lo Uno, su *universalidad* guerrera corresponde a la emancipación de una fuerza centrífuga que los impulsa a la migración, a dispersarse, no a reunirse, su tendencia negativa a la unificación, es un rechazo a la hegemonía y la homogenización del discurso del Estado que se conserva en el monopolio de la fuerza, “la comunidad primitiva quiere permanecer bajo la divisa de su propia ley (autonomía, independencia política)”.¹⁷ Rechazar al Estado es rechazar la imposición de la norma externa, equivale a no aceptar la sumisión a la ley escrita, a la alienación de su ‘ser’ guerrero, que pretende que la guerra es una relación de verdad entre las comunidades. “A mayor guerra, menor unificación, y el mejor enemigo del Estado es la guerra. La sociedad primitiva es una sociedad contra el Estado, por cuanto es sociedad para la guerra”.¹⁸

III. LA GUERRA RITUAL Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSUECUDINARIO MEXIHKA-TENOCHKA

Desde hace miles de años, el territorio que hoy se conoce como México, ha albergado a un amplio abanico de naciones y tribus, que se desarrollaron antes de la llegada de los peninsulares en el siglo XVI al territorio de Anahuak (nombre originario que daban los *nahua* a la extensión que hoy comprende desde Alaska —castellanización de *axan*, que significa “desde” —aquí [Anahuak]— hasta Nicaragua —*nican*, que significa “hasta” —aquí [Anahuak]). En ese gran territorio se desarrollaron vastas culturas, surgieron poderosas naciones y nacieron sabias civilizaciones, a lo largo de más de 15,000 años. Por tal motivo aquí sólo se estudiará a la cultura *mexihka-tenochca* entre 1325 y 1521, de acuerdo con las siguientes tres justificaciones:

¹⁶ Clastres, Pierre, *Arqueología de la violencia: la guerra en las sociedades primitivas*, Argentina, FCE, 2004, p. 73.

¹⁷ *Ibidem*, p. 76.

¹⁸ *Ibidem*, p. 77.

- 1) Los *mexihkah-tenochkah* fueron el último eslabón de un linaje *nahua* de sabios *toltekah* que se había originado en Teotihuacan, había fundado Tula y finalmente radicó en Mexihko-Tenochtitlan, por lo que estudiar a los *mexihkah*, no solo es explorar las raíces culturales de México, sino que es el rastreo de una tradición jurídico política con más de dos mil años de antigüedad.
- 2) El nombre de Mexihko es precisamente de origen *nahua* y le fue otorgado por los *mexihkah*, después de más de 260 años de buscar el Acontecimiento: cuando los *aztekah*¹⁹ hallaron la señal dada por Huitzilopochtli, en la que un águila posada en un nopal designaría el lugar en donde construir su ciudad (hoy esa águila vive mitológicamente y legítimamente en el escudo nacional).
- 3) Al sur de la actual Ciudad de México se encuentra la delegación de Milpa Alta, en donde habitan comunidades originarias que aún conservan la lengua náhuatl y practican los usos y costumbres de sus ancestros *mexihkah*, tal es el caso de Santa Ana Tlacotenco, que hasta los años 40's, aún se conservaba monolingüe sin ninguna influencia lingüística castellana. Esta determinación de obtener la asesoría del grupo étnico *nahua*-hablante, obedece a la necesidad de hacer interpretaciones fieles a la cultura *nahua*.

1. LA POLÍTICA INTERNACIONAL DE LA TRIPLE ALIANZA

Los nahuahablantes de Santa Ana Tlacotenco, no respaldan la idea de que Mexihko-Tenochtitlan fuera la capital imperial azteca, por el contrario aseguran que hasta antes de la llegada de los españoles, existía una confederación compuesta por varias naciones, “no hay una palabra en nahuatl para decir imperio” dicen los tlacotencas contemporaneos, pero si hubo una *Huey tlahtokayotl ikniuhyotl*,

¹⁹ Los aztecas fueron los migrantes, pero cuando llegaron a México entonces adoptaron el nombre de *mexihkah*.

la Gran fraternidad de la palabra (*huey*: gran; *tlahtocayotl*; *tlahto-lli*: palabra; *yotl*: sufijo sustantivizador; *ikniuyotl*; *ikniuhitli*: hermano; *yotl*: sufijo sustantivizador), reconocida como la gran Confederación de Anahuac, es la formalización jurídico-política del *reconocimiento* y la *autodeterminación*, manifiesta en la alianza entre tres federaciones, (Tenochtitlan, Texcoco y Tlacopan), a la que se conoce también como la Triple Alianza, que era tanto de *jure* como de *facto*, el eje rector de gobierno y de justicia de la Confederación de Anáhuac.

Formaron una auténtica región o *icniuyotl* (grupo de amistad). Un grupo de calpultin *icniuhitli* (amigos, hermanos) rurales o urbanos, se federaban como señoríos regionales a su vez autónomos y autárquicos, teniendo al frente de ellos una asamblea de representantes de los *calpultin* llamada *tecuhnechiccolli*, junta de señores, presidida por un *cihuacoatl*, administrador y un *altepetl*, también llamado *tlahtoani*, que era el ejecutor. Su organización, aunque similar a la del *calpulli*, tenía mayor incremento en cuanto al comercio, la industria, la educación, la milicia, la ciencia y el arte.²⁰

Los *mexihkah* no eran un pueblo primitivo de bárbaros y salvajes, como ha hecho creer la interpretación univocista castellana:

Los mexicas no ocupaban los territorios, no imponían lengua, ni religión, ni gobierno a los vencidos; no eran un imperio. Los españoles que venían de un imperio, en el que reinaba el emperador Carlos V y que abarcaba media Europa, pensaban que el sistema de gobierno de los mexicas necesariamente tenía que ser imperial, pero estaban equivocados, ellos que si eran imperialistas ocuparon nuestros territorios e impusieron un gobierno, religión, lengua y cultura. [...] No existía un imperio sino una federación y al frente no había un emperador sino un consejo supremo. El máximo órgano de poder de la federación era el *tlahtocan*. En el caso de la Confederación del Anahuac, conformada por Tenochtitlan, Texcoco y [...] Tlacopan,

²⁰ El *kalpulli* (en náhuatl, la doble 'll' se lee como una sola 'l' más larga) era la unidad básica de organización jurídica, política y militar de Tenochtitlan. *Vid.*, Romero Vargas, Iturbide, *Los Gobiernos Socialistas de Anahuac*, México, Sociedad Cultural In Tlilli in Tlapalli, 2000. p. 13.

cada una de estas tribus tenía su propio *tlahlocan*, su administrador o *cihuacoatl* y su ejecutor o *tlahtoami*.²¹

Al respecto Eulalia Guzmán apunta que:

Ningún pueblo se veía superior a otro por pertenecer a cierto linaje.

La prueba más clara se ve en las peregrinaciones, cuando se asentaban en un pueblo, inmediatamente contraían matrimonio y los señores procuraban que sus hijas y los hijos de los principales se casaran con los que venían. [...] Así que no existían prejuicios raciales, los prejuicios raciales los trajeron los europeos. Así, se afianzaba más el sentido de comunidad y esto hacía que el pueblo recién llegado, inmediatamente ocupara la misma categoría que los que existían aunque vinieran de lejanas tierras o de otro grupo lingüístico.²²

2. LA JURIDIFICACIÓN DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES DE ANAHUAK

La clasificación del *derecho consuetudinario*, basado en las costumbres *mexihkah-toltekah*, la hace Romerovargas Iturbide, quien escribió profundamente acerca de la juridificación *mexihka-tenochka*:

Las principales fuentes del derecho autóctono fueron: la jurisprudencia, los precedentes de los tribunales, la costumbre, las instituciones territoriales y del Estado, las alianzas, los pactos colectivos y la actividad estatal. [...] Todo en la vida de estos pueblos, se regía armoniosamente por la costumbre, que se amolda espontáneamente a las necesidades humanas, y era considerada inviolable, porque responde siempre al interés concreto y general de la colectividad. [...] Teniendo las costumbres un carácter esencialmente jurídico, toda educación consistía materialmente en una escuela práctica del derecho, que disciplinaba al hombre en el ejercicio de las nor-

²¹ Moctezuma, Pablo, *Moctezuma y el Anahuac*, México, Noriega, 2000. p.34.

²² Guzmán, Eulalia, *Una visión crítica de la historia de la conquista de México-Tenochtitlan*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Antropológicas, 1989, p. 42.

mas jurídicas y a la sociedad en el desarrollo práctico de la ciencia del derecho, para realizar el ideal jurídico de la comunidad y del Estado.²³

La concepción política de los aliados, estaba dada en función del *reconocimiento* y la *autodeterminación*,

La igualdad relativa de los hombres entre sí, sometidos a una ley flexible sujeta al árbitro judicial, lo que con firmeza, en caso de conflicto, determinaba la justicia en lo concreto, mediante la sentencia, considerando que a mayor grado jerárquico en la sociedad, mayor, la responsabilidad y mayor rigor en la aplicación del derecho.²⁴

En la *igualdad relativa de los hombres entre sí*, está puesta la categoría filosófica del *reconocimiento*, mayor mientras que la *autodeterminación* queda de manifiesta, en que

[...]existían leyes que no eran aceptadas por todas las naciones incorporadas, dando margen a una variedad considerable de leyes y costumbres. Los mexicas no obligaban a los pueblos anexados a hablar su lengua, ni a adoptar sus creencias particulares, tampoco los obligaban a aplicar todas sus leyes, por lo que florecían las instituciones y brillaba con pujanza la libertad junto con el derecho.²⁵

El Códice Mendocino menciona que 38 naciones regionales a modo de provincias y las tres cabeceras con sus respectivas naciones formaban la Confederación de Anahuac.

El gobierno de los tres Estados no era el de una simple confederación sino el de una verdadera federación con funciones propias correspondientes a cada una de las cabeceras. A Tenochtitlan correspondía la ejecución militar en todo el territorio, la dirección del comercio y correos, las grandes celebraciones de liturgia oficial y en cuanto al gobierno solo el de su propio señorío.

²³ Romerovargas, Iturbide, *Organización política de los pueblos de Anahuac*, México, Lucerna, 1956, p. 246.

²⁴ *Op. Cit.*, *Los gobiernos socialistas de Anahuac*, p. 70.

²⁵ *Ibidem*, p. 69.

[...]A Texcoco tocaba la ejecución de obras públicas en todo el territorio: caminos, presas, acueductos, albarradas, edificios; llevar el archivo y registro de las genealogías; convocar a juntas de sabios, generalmente en Teotihuacan, formular el derecho común de toda la confederación; impartir justicia en casos complicados y en los conflictos dinásticos de los distintos señoríos.

[...]A Tlacopan incumbía la ejecución de monumentos, obras de arte, joyas e indumentaria y la organización de trabajadores al servicio de la federación. Además cada una de las regiones cooperaba con lo que fuera de su propia especialidad a solicitud de la federación.²⁶

El engranaje de las relaciones internacionales de Anahuak entre el siglo XV y el XVI, está fundado en el *reconocimiento* de las diferencias, en las *ventajas competitivas* y en la *autodeterminación* de los pueblos, que regidos por la costumbre, dieron paso a procesos de *juridificación*, como lo son las *80 leyes de Nezahualkoyotl*. Dichas normas son la culminación de una constelación de juristas texkokanos entre los que se encuentran: a) Nopaltzin, quien se preocupó por legislar en favor del entorno natural, so pena de muerte a quien talara o quemara los campos, b) Tlotzin, quien dictó leyes para su pueblo en materia de asentamientos humanos y agricultura, pues dicha legislación promueve el sedentarismo, la siembra y con esto, el fin de las migraciones pre-estatales. c) Kinatzin, refuerza el trabajo iniciado por su antecesor, para estimular el desarrollo económico y asegurar la vida de las nuevas ciudades. Y finalmente d) Nezahualkoyotl, quien dictó con eficiente técnica jurídica las leyes que regirían en la Confederación de Anahuak.²⁷

La juridificación de las relaciones internacionales, realizada por Nezahualkoyotl, contempla un catálogo de cuatro materias principales: a) Causas civiles y criminales, b) Música y ciencias, c) guerra

²⁶ *Ibidem*, pp. 23-24.

²⁷ Salcedo, Antonio, "El universo sociojurídico de los culhuas o antiguos texcocanos", en *Alegatos*, Num. 76, México, septiembre-diciembre de 2010, p. 843. (Paráfrasis).

y d) hacienda,²⁸ de las cuales, este artículo únicamente analizará la legislación internacional en materia de derecho humanitario, es decir la juridificación en materia militar. En este sentido, “al consejo de guerra se le encargó vigilar, someter y emplazar a los señorios, que intentaran impedir el comercio o que pretendieran sublevarse”.²⁹ Dicha instrumentación internacional implicaba protocolos diplomáticos de declaratorias de guerra y leyes castrenses, que regulaban la conducta de las fuerzas armadas aliadas en combate. Fray *Juan de Torquemada*, religioso franciscano e historiador español de fines del siglo XVI y principios del siguiente, recoge directamente de boca de los indígenas de México una serie de tradiciones y costumbres. Entre ellas, se puede leer una interesante alusión a la manera en que los indígenas se declaraban y se preparaban para la guerra:

Estando ya determinado y acordado que se hiciese la guerra, tomaban ciertas rodela y mantas y enviábanlas a los que desafiaban y citaban para la guerra, dándoles aviso de ella y la determinación que tenían para hacerla y las causas con que se movían; porque estuviesen apercebidos y no dijese que los acometían a traición.³⁰

En esta óptica la guerra en México antes del siglo XVI no tuvo un sentido de dominación imperial, lo que da paso a nuevas interpretaciones de esta cultura antigua, que se desmarca de una interpretación imperialista, para acercarse hacia una versión de guerra ritual, que estaba muy bien definida y reglamentada ante los organismos legales y legítimos emanados por un consejo llamado *Huey Tlahtocanechicolli* y no por un emperador. Las leyes de la guerra ritual pretendían proteger a los civiles, principalmente a las muje-

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Ibidem*, p. 847.

³⁰ Torquemada, Fr. Juan, *Monarquía Indiana*, en Dary, Claudia, *El Derecho Internacional Humanitario y el Orden Jurídico Maya*, Guatemala, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales/Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)-Proyecto Maya, 1997, Cap. II. en: <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList359/428DBB50C615BE73C1256DE10060CEC1>>.

res, por lo que se apunta a que en México los antecedentes del DIH tuvieron su origen antes de Cuauhtémoc.³¹

3. DEL ORDEN CÓSMICO A LAS LEYES DE GUERRA EN EL MÉXICO PRECUAUHTÉMICO

Para profundizar en el pensamiento militar *mexihka-tenochka* es preciso acudir a sus mitos, a las narraciones extraordinarias de la nativa etnia nahua acerca de los orígenes del universo, de la vida y del hombre mismo. Los mitos mexicas tienen su origen en las narraciones de Teotihuacan, que a su vez les fueron heredadas a los toltecas y estos a los migrantes *aztekah*: Mexi y Tenoch, quienes finalmente fundaron la ciudad de Mexihkco-Tenochtitlan.³²

La versión de los ancianos nahuahablantes de Milpa Alta, en tanto tradición oral, se expresan en la palabra del anciano Teuctli, quien durante sus prácticas rituales de *temazkal* narra:

[...]en el inicio del universo nahua existió, y aún existe, una pareja primigenia que habita en el Omeyokan, es el corazón del cosmos, desde el principio mismo de la creación quienes tuvieron cuatro hijos, de entre ellos uno nació negro llamado Tezkatlipoka y el otro blanco fue nombrado Ketzalkoatl, así que como hacen los hermanos, comenzaron a pelear entre ellos, de las chispas surgidas de su lucha comenzaron a formarse las estrellas, entre ellas el sol, por eso son los hermanos creadores y formadores del universo, [...]

los fundadores de la guerra florida.

³¹ Para los mexicanistas es lo propio decir antes y después de Cuauhtémoc para marcar la ruptura de dos eras, de la misma forma que los cristianos dicen antes o después de Cristo para distinguir dos bloques históricos.

³² En la cuna de la civilización occidental se contempla a la civilización egipcia, quien heredó sus mitos cosmogónicos a los griegos y estos a su vez a los romanos, así los teotihuacanos heredaron sus mitos a los toltecas de Tula y fueron los mexicas quienes finalmente los reafirmaron en su ideología durante su hegemonía política.

El códice Chimalpopoca verifica lo que el anciano Teuctli narra, y agrega que la lucha entre el hermano negro y el hermano blanco dio como resultado la formación de cinco eras cosmogónicas o *soles*. Dicha información puede ser verificada en el segundo círculo del *Calendario Azteca o Estela de los Soles*, que se encuentra actualmente en la Sala Mexica del Museo Nacional de Antropología de la Ciudad de México.

En esta óptica las narraciones de la etnia nahua hablan de que la guerra es, en ‘sí misma’, un acto creativo, ya que no basta entender el mito cosmogónico entre Tezkatlipoka y Ketzalkoatl, sino que ese combate creativo, es al mismo tiempo el origen de la guerra ritual, es decir de la guerra florida, que va más allá de una narración extraordinaria, si se entiende desde la realidad nahua en donde los hermanos mencionados son fuerzas antagónicas que prevalecen desde la cosmogénesis, hasta la perpetua resistencia entre los opuestos (entre el negro y el blanco).

El núcleo del pensamiento individual del guerrero es forjado en la guerra como un acto simbólico altamente ritualizado, en el que el guerrero es la superación espiritual del hombre, en la misma lógica en que el hombre es la superación del primate. Por lo que el guerrero nahua es un ‘ser’ en tanto es guerrero, es decir, en lo que respecta a la superación de ‘sí mismo’ mediante la guerra florida, entendida como un combate creativo y fundador. En esta lógica el ‘ser’ se crea a ‘sí mismo’, es *autopoietico*, (*moyocoyani*) se genera y se inventa a través de la lucha entre los contrarios, de la confrontación entre sus opuestos que se desafían durante la experiencia cotidiana, que nace de la vivencia como representación de dos impulsos o fuerzas antagónicas en resistencia, para encontrar la expresión subjetiva durante la guerra ritual, con el fin de realizar una alineación, una síntesis, entre las dos fuerzas opuestas en resistencia.³³

³³ El Tezkatlipoka negro, ha sido asociado con el *impulso de muerte* y la oscuridad del inconsciente, al mismo tiempo que el blanco Ketzalkoatl representa la experiencia creativa de la vida y la claridad de la consciencia.

Durante el auge *mexihka-tenochka* se esculpió un importante monolito, al que Alfonso Caso³⁴ reconoció como el Teocalli de la Guerra Sagrada (actualmente se encuentra en la sala mexicana del Museo Nacional de Antropología). La guerra sagrada que evoca el monolito es la guerra ritual nahua. Sería exhaustivo hacer un análisis de todos y cada uno de los símbolos del Teocalli, por lo que únicamente se analizará el más grande de todos, el que se encuentra en su parte posterior, en donde está esculpida el águila mítica –posada en el nopal–, que es al mismo tiempo, el Acontecimiento: la señal dada por Huitzilopochtli para la fundación de Mexihko-Tenochtitlan, y de hecho quien inspira la imagen del escudo nacional mexicano, sólo que entre ambos símbolos existe una sustancial diferencia, que el águila en su pico no tiene una serpiente sino un *atlachinolli*.

Acerca del concepto *atlachinolli*, Miguel León Portilla lo rescata de los cantos de guerra (*yaokuikatl*),

[...]en náhuatl el concepto de guerra se expresa muchas veces valiéndose de un difrasismo, es decir la conjunción de dos vocablos de cuya aproximación salta la chispa que ilumina el significado. El difrasismo es aquí el *atl*, *tlachinolli*, Agua chamuscada, evocación de dos realidades contrarias, por no decir antagónicas.³⁵

La traducción que el nahuahablante Teuctli da al concepto de *atlachinolli*, es el de agua quemada, que por sí misma es una cosa que no existe, por lo que deberá contener un significado metafórico. El *difrasismo* del signo que se encuentra en el pico del águila del Teocalli de la Guerra Sagrada, es según la tradición oral de la etnia nahua de Milpa Alta, un concepto de lucha entre opuestos, el *atl* es el agua, *tlachinolli* es el fuego, tal como fuerzas elementales antagónicas que asocian, por un lado al frío con la luna y la mujer, y por el otro al calor con el sol y el varón. El concepto nahua del

³⁴ Vid. Caso, Alfonso, *El Teocalli de la Guerra Sagrada: descripción y estudio del monolito encontrado en los cimientos del Palacio Nacional*, México, SEP, 1927.

³⁵ León-Portilla, Miguel, *Poesía náhuatl*, México, Ed. Diana, 2006, p. 57.

atlachinolli evoca el equilibrio, el *reconocimiento* entre opuestos, ya que, si es cierto que el fuego y el agua son elementos contrarios, es una realidad que cuando la humedad (de la mujer) y el calor (del varón) se fusionan, entonces se crea el caldo de cultivo necesario para la formación de una “nueva” forma de existencia. En una perspectiva ontológica, de la hermenéutica acerca del difrasismo del *atlachinolli*, el frío simboliza la muerte y el silencio interno, en tanto que el calor es la vida que se expresa en la experiencia creativa.

4. LA ONTOLOGÍA DEL GUERRERO Y SU MUERTE AL FILO DE OBSIDIANA

De la muerte en la guerra dicen los cantos *nahuah*:

[...]que son embriaguez en medio de la llanura. Es encontrar la muerte al filo de obsidiana y, así mismo, es tiempo y espacio donde águilas y jaguares, con toda su fuerza, sacuden a cuanto existe en el mundo. Es, en sí, donde los seres humanos dejan recuerdos de sí mismos, recuerdo que perdurará para siempre en los libros de pinturas.³⁶

Si se entiende al ‘ser’ desde la experiencia óptica de la consciencia durante la guerra ritual, el *difrasismo* de la muerte del ‘ser’ deóntico, adquiere una noción de duelo por el corte con el ‘deber ser’ y la pre-determinación ontológica, el filo de obsidiana entiende dos realidades que resultan de dicho corte: la muerte contiene a la vida, tanto como la vida contiene a la muerte, es decir la creatividad contiene al silencio tanto como el silencio contiene a la creatividad. En los poemas del forjador de cantos: el *tlahtoani* (de *tlahtoa*: palabra y *ni*: el que; es sufijo nominalizador), el portador de la palabra Nezahualcoyotl, canta:

*Esmeraldas
turquesas,
son tu greda y tu pluma*

³⁶ *Idem.*

joh por quien todo vive!
Se sienten felices
los príncipes,
con florida muerte a filo de obsidiana,
*con la muerte en la guerra.*³⁷

Ya en el texto *Guerra, sacrificios y significados*,³⁸ he realizado un estudio hermenéutico acerca de éste poema, escrito durante el auge de la Triple Alianza, cuando el poeta guerrero era el señor de Texkoko, significativo porque refleja la ideología político-militar dominante de la época. El estudio de este fragmento poético, descubrió que la muerte en la guerra estaba ideológicamente insertada en el consejo militar de los aliados, compuesto por guerreros águilas y jaguares. Metaforizada como *la muerte al filo de obsidiana*, la transformación del guerrero es la muerte ideal, que lleva al espíritu del guerrero encarnado por un colibrí (la fuerza de voluntad) a habitar el Tamochan, la casa del sol (la iluminación –la de la consciencia–).³⁹ Para los príncipes de la alianza, la felicidad⁴⁰ estaba relacionada con la muerte en la guerra, *al filo de obsidiana*, el estudio hermenéutico comprende el corte con la objetivación ontológica del ‘ser’ cosificado, para alcanzar la subjetivización óntica del ‘ser’, que da un salto cualitativo de ‘ser’ humano a ‘ser’ guerrero (de hombre a

³⁷ Ms. *Romances de los señores de la Nueva España* f42, trad. Garibay, *Poesía náhuatl*, t. I, num.60 p. 101.

³⁸ García, José Luís, *Guerra, Sacrificios y significados*, Yautepec, Morelos, ponencia del 2do congreso nacional de Psique y Cultura: Asociación de Estudios Transdisciplinarios, 2009, disponible en: <<http://www.yaollin.com.mx/bibliotecavirtual/>>.

³⁹ La analogía de la metáfora de *la muerte al filo de obsidiana*, es una muerte simbólica equiparable con la filosofía shramánica, específicamente con lo que se conoce como ‘*nirvana*’ (del sánscrito: desatar [los nudos de la *psique*]), que se alcanza cuando el alma encuentra al ‘ser’ liberado de sufrimientos, una idea muy fecunda en el hinduismo y el budismo.

⁴⁰ Para Aristóteles la felicidad es el bien supremo del hombre, para él la felicidad está relacionada con el honor, es un regalo de los dioses que es otorgado a los hombres virtuosos. *Vid.* Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, México, Porrúa, 1992, pp. 5-17.

superhombre, en la óptica de la *filosofía del martillo* que Nietzsche planteó en *Así habló Zaratustra*).

5. LA FUNCIÓN DE KETZALKOATL EN EL RITUAL CÓSMICO Y LAS LEYES DE GUERRA

Los *mexihkah-tenochkah* heredaron de los *toltekah* sus conocimientos astronómicos. En todas las ciudades de influencia *tolteka* (inclusive Chichen Itza), yacen observatorios astronómicos, que en su época de esplendor servían para seguir el camino de los cuerpos celestes, principalmente el Sol (Tonatiuh), la Luna (Meztli) y el planeta Venus (Ketzalkoatl, Tlahuizkaplantekuhthli-Xolotl). Este último tiene un matiz peculiar, ya que pertenece al contexto que aquí interesa: *la muerte al filo de obsidiana*, que desde el difrasismo nahua es una muerte ritual, en tanto que es guerra florida, es una muerte simbólica.

Para entender la muerte ritual, los *nahuah* se basan en las cuatro fases que completan la revolución sinódica del planeta Venus, en las que sólo dos de ellas es visible, una durante el amanecer (salida heliacal) y la otra durante el atardecer (puesta heliacal). Es sustancial para este estudio, aclarar que las guerras rituales se realizaban sólo en determinadas posiciones del planeta Venus.⁴¹ Según parecen indicar algunos glifos, las guerras no ocurrían en cualquier momento, sino en determinadas posiciones del planeta Venus (como el glifo Tlaloc-Venus).⁴² “Las decisiones acerca de donde y cuando realizar una batalla estuvieron sujetas a los ciclos de Venus y Júpiter. Para

⁴¹ Vid. Salido, Roberto, *El regreso de Quetzalcoatl*, México, Impresiones artísticas, 1977. pp. 21,45-46.

⁴² El glifo que Claudia Dary identifica como Tlalok-Venus, se encuentra en el Templo de los jaguares de Teotihuacan, de hecho es una representación de Tlahuizkalpantekuhthli, es decir el planeta Venus como estrella de la mañana. Tlahuizkalpantekuhthli es la representación de la transparencia espiritual y de la luminosidad del ‘ser’ para servir como guía a través de la congruencia entre actos y pensamientos. Vid, Dary, Claudia, *El Derecho Internacional Humanitario y el Orden Jurídico Maya*, Guatemala, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales/Comité

Friedel se trató de un tipo de guerra sagrada determinada por las estrellas”.⁴³

En todas ellas [las guerras] Venus participó desde el cielo dando su beneplácito a los vencedores. Las observaciones astronómicas entre los mayas prehispánicos cumplían con un fin específico: conocer si los dioses [las fuerzas naturales, planetarias y estelares] aprobarían o rechazarían las acciones del hombre. Venus, dado su carácter guerrero, aparece como uno de los planetas-dioses más destacados, su reaparición y desaparición en el cielo señalaba muerte y desgracia en la tierra.⁴⁴

El seguimiento de Venus-Ketzalkoatl (para los *nahua*) o Kukulcan (para los mayas) tendría que ver con los movimientos de Venus, que en ambas culturas anunciaban el inicio y el fin de las guerras rituales. La concepción de la guerra estaba ligada al cosmos planetario, lo que lleva a pensar que la guerra unía el estrato cosmogónico, con el astronómico, con el psíquico y finalmente con el físico. Nigel Davies ha apuntado: “resulta asombroso que en el caso de estas guerras, en las que nunca estuvo del todo ausente el elemento ritual”.⁴⁵ El ritual es el reflejo de un orden, para Mircea Eliade, “es la actualización del mito” que encarna cada tradición, por lo tanto, el rito es en sí una costumbre, que es una de las fuentes del derecho consuetudinario nahua.

Venus estaba íntimamente relacionado con la guerra. Pero los conjuntos iconográficos indican que también Tlaloc tenía un lugar importante en estas ideas. [...] Los momentos que aseguraban el mayor éxito de las operaciones, eran las primeras apariciones de la estrella de la tarde; otras fechas corresponden a los días de la

Internacional de la Cruz Roja (CICR)-Proyecto Maya, 1997, en: <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwplList359/428DBB50C615BE73C1256DE10060CEC1>>.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Arellano, Alfonso, “Las Guerras Venusinas entre los Mayas” en *Arqueología Mexicana*, México, No. 47, INAH Enero-Febrero, 2001, p. 38.

⁴⁵ Davies, Nigel, *El imperio azteca*, México, Ed. Alianza, 1997, p. 219.

última visibilidad de la estrella vespertina, de la primera y la última visibilidad de la estrella matutina y a los días cercanos a la máxima elongación o la mayor altura sobre el horizonte.

Iztlacoliuhqui, identificado como el movimiento estacionario y retrogrado del planeta Venus, era considerado grande augurio para guerras. [...] Las batallas sucedían, por varias razones cuando Venus estaba en la parte sur de la bóveda celeste. Sólo los momentos precisos de estos eventos fueron dictados por los criterios astronómicos.⁴⁶

Todo ritual responde a normas, seguidas protocolariamente por quienes participan de la liturgia. En este caso la guerra es el rito que revive el mito cosmogónico, así, la costumbre tenía prohibido matar al enemigo en combate, solamente debía ser capturado y hecho prisionero.

Desde 1975, Floyd Lounsbury y otros lingüistas y epigrafistas basados en las ideas de Yuri Knorosov descubrieron que los glifos no eran ideografías abstractas sino que reproducían el lenguaje hablado (sílabas, verbos, sujetos, predicados, etc). Así, ha podido conocerse que existían verbos que significaban por ejemplo el acto de capturar, lo que ha permitido ir hilando los diferentes acontecimientos guerreros.⁴⁷

“Los indios sencillamente no comprendían el significado de la guerra total del modo en que se libraba en la Europa del siglo XVI. El impulso por capturar, antes que matar, fue siempre un factor que los inhibió”.⁴⁸

⁴⁶ Sprajc Ivan, *La estrella de Quetzalcoatl*, México, Ed Diana, 1996, pp. 77, 78.

⁴⁷ *Op cit.* Dary, Claudia.

⁴⁸ *Op cit.* Davies Nigel, p.230. En este sentido es probable deducir las causas por las que fueron vencidos los guerreros *tenochkah*: i) las diferentes concepciones de la guerra, mientras que para los *mexihkah* era parte de un ritual que implicaba una ideología fundamentada en la cosmogénesis, en el honor que daba paso a las leyes humanitarias durante la guerra ritual, y ii) para los ibéricos representaba un medio para obtener poder, control de territorios y botín de guerra.

Los combates se reducían al choque de las masas de ambos contendientes que se fraccionaban en combates individuales cuyo mayor interés era capturar vivo al adversario, o sea que la guerra siempre tenía un carácter sagrado aunque no se tratase específicamente de una guerra florida.⁴⁹

Ángel Ma. Garibay menciona algunas leyes que los mexicas debían seguir en la guerra,⁵⁰ bajo *pena de muerte* para quien cometía alguna de las siguientes faltas: i) *Mentira*.- cuando los mensajeros alteraban el correo. ii) *Traición*.- cuando alguien daba noticias a los contrarios. iii) *Violación*.- aquel que violentaba a una mujer o la cautiva de guerra. iv) *Robo*.- aquel que quitaba el cautivo a otro.

Estas penas son significativas si se toma en consideración que la tercera protege explícitamente a la mujer y a la prisionera de guerra. La alineación cósmica entre el guerreo y el orden del ritual, es un signo que da a la guerra una perspectiva humanitaria con *status* de norma consuetudinaria.

IV. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO: LOS CONVENIOS DE GINEBRA Y SUS PROTOCOLOS ADICIONALES

Con el término de la segunda guerra mundial y la posterior creación de las Naciones Unidas, se dio paso a un nuevo orden que propuso nuevos organismos y normatividades internacionales. En ese marco se formalizó y se reguló la protección de las personas durante un conflicto armado, con el fin de evitar su sufrimiento. En los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y los Protocolos adicionales I, II del 8 de junio de 1977 y más recientemente en el III Protocolo adicional del 8 de diciembre de 2005, se compromete a los Estados Miembros a cumplir y difundir los Convenios lo más

⁴⁹ Canseco, Vincourt, “La Guerra Sagrada”, en Lameiras, José, *Déspotas armados, un aspecto de la guerra prehispánica*, Zamora, Colegio de Michoacán, 1985, p. 79.

⁵⁰ Garibay, Ángel, *Teogonía e historia de los mexicanos*, México, Porrúa, 1985, p. 88.

ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, de forma que dichos instrumentos puedan ser conocidos y cumplidos por las fuerzas armadas y la población civil.

Así, surge formalmente el derecho Internacional Humanitario (DIH) el cual se define, según la Secretaría de Marina de México (SEMAR), como “el conjunto de normas que, en tiempo de guerra, protege a las personas que no participan en las hostilidades o que han dejado de hacerlo. Siendo el principal objetivo limitar o evitar el sufrimiento humano en tiempos de conflicto armado”.⁵¹

1. LOS ANTECEDENTES ARCÁICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Ubicar el inicio del DIH puede remontarse al primer código que rigió a una sociedad en la historia de la humanidad, creado por el Rey Hammurabi en el año 1760 a.C., el cual contiene 282 leyes con sus respectivas penas y/o sentencias. Las leyes del Código Hammurabi están inscritas en piedra para que nadie pueda cambiarlas ni alterarlas, ya que están inspiradas en un diálogo entre el rey Hammurabi y Shamash (el “dios Sol” mesopotámico).

Las 282 leyes que establece el Código Hammurabi sirven para regir las relaciones de toda una sociedad, pero la razón por la que ha sido mencionado en este trabajo, es porque las leyes 27 y 28 mencionan el trato a prisioneros de guerra, por lo que entra en el campo de estudio del DIH. En otro sentido los artículos 38 y 39 de dicho código hacen mención de la distinción entre militares y civiles, ya que especifica situaciones en las que soldados y oficiales tienen un trato distinto al recibido por la sociedad civil, con respecto a algunos servicios prestados al rey. Aunque no es un principio de distinción propiamente establecido, es viable tomarlo como antecedente.

⁵¹ Disponible en: <http://www.semar.gob.mx/sitio_2/normateca/derecho-internacional-humanitario.html>.

2. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En la era moderna una referencia importante del DIH consuetudinario es la cláusula de Martens, por ser parte del derecho de los conflictos armados, desde que apareciera, por primera vez en 1899, en La Haya en lo relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, precisamente con respecto al principio de distinción entre civiles y militares.⁵² Ya que esta cláusula es un referente del DIH consuetudinario, es propio hacerle un seguimiento que fundamente el marco jurídico de este apartado. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha analizado minuciosamente la cláusula de Martens a través del dictamen del juez Shahabuddeen “(párrafos 78 y 84), en la que la Corte determina que la cláusula de Martens es una norma consuetudinaria que tiene, por lo tanto, un estatuto normativo”.⁵³ El juez Shahabuddeen, ha destacado que la cláusula de Martens no es solo un recuerdo de la existencia de otras normas de derecho internacional que no forman parte de un tratado específico. Para la CIJ dicha cláusula tiene un estatuto normativo por derecho propio y, por lo tanto, funciona independientemente de las demás normas.

El juez Shahabuddeen dice que los principios del derecho internacional a los que se hace referencia en la Cláusula dimanar de una o más de tres fuentes distintas: las costumbres establecidas entre las naciones civilizadas (denominadas “usos establecidos” en el art.

⁵² “La cláusula se basa en una declaración leída por el profesor von Martens, delegado de Rusia en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899. Martens añadió la declaración después de que los delegados de la Conferencia de la Paz no lograran ponerse de acuerdo sobre la cuestión del estatuto de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante. [...] Aunque, en un principio, la Cláusula fue redactada para resolver este problema, aparecen, luego, distintas versiones —si bien similares— en tratados posteriores por los que se regulan los conflictos armados.” *Vid.* Ticehurst, Rupert, “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No 140, 1997, pp. 131-141 en: < <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLCY>>.

⁵³ *Idem.*

1.2 del Protocolo adicional I), las leyes de la humanidad (denominadas “principios de humanidad” en el art. 1.2) y las exigencias de la conciencia pública (denominadas “dictados de la conciencia pública” en el art. 1.2). Parece que, determinando todo el alcance del derecho de los conflictos armados, la cláusula de Martens permite ir más allá del derecho convencional y de la costumbre para invocar los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública. Esta interpretación cuenta con el apoyo del Comité de Derecho Internacional, que declara “[la cláusula de Martens] estipula que, incluso en los casos no contemplados por acuerdos internacionales específicos, las personas civiles y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho internacional preconizados por los usos establecidos, los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública”.⁵⁴

La cláusula de Martens es importante porque, por la referencia que hace al derecho consuetudinario, señala la importancia de las normas consuetudinarias para la regulación de los conflictos armados. Además, menciona “los principios de humanidad” y “los dictados de la conciencia pública”. Es importante comprender el significado de esas expresiones. La expresión “principios de humanidad” es sinónima de “leyes de la humanidad”; en la primera versión de la cláusula de Martens (Preámbulo, II Convenio de La Haya de 1899) se dice “leyes de la humanidad”; para la última versión (Protocolo adicional I) se emplea “principios de humanidad”. Los principios de humanidad se interpretan en el sentido de que prohíben los medios y métodos de hacer la guerra que no sean necesarios para obtener una ventaja militar definitiva. Jean Pictet interpreta el concepto de humanidad en el sentido de que “la humanidad exige que se prefiera la captura a la herida, la herida a la muerte, que, en la medida de lo posible, no se ataque a los no combatientes, que se hiera de la manera menos grave —a fin de que el herido pueda ser operado y después curado— y de la manera menos dolorosa, y que la cautividad resulte tan soportable como sea posible”.⁵⁵

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem.*

Además de los principios mencionados por la cláusula de Martens, el DIH establece otros principios, de los cuales -por motivos de delimitación-, sólo se les dará seguimiento a dos: i) *Principio de distinción*, que pretende hacer la diferencia entre civiles y militares ii) *Principio de precaución de ataque*.

i) *Principio de distinción*. - La oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia, emitió el 30 de junio de 2003 el comunicado de prensa *Sobre la importancia del principio humanitario de distinción en el conflicto armado interno*,⁵⁶ del que se retoma lo siguiente:

Uno de los principios fundamentales del derecho internacional humanitario es el de distinción entre quienes participan directa o activamente en las hostilidades y quienes en ellas no tienen esa participación. Aplicar tal principio resulta necesario para determinar las obligaciones y los derechos que corresponden a unos y a otros. La aplicación del principio de distinción obliga, entre otras cosas, a:

- 1ª Garantizar a la población civil y a las personas civiles el trato humano y la protección general.

- 2ª Asegurar a quienes se han rendido y a quienes han quedado fuera de combate el trato humano para ellos.

- 3ª Hacer efectivas las garantías previstas por el derecho humanitario para las personas privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto.

- 4ª Evitar ataques contra bienes que no son objetivos militares.⁵⁷

ii) *Principio de precaución de ataque* durante conflicto armado, mencionado en el artículo 57 del capítulo IV referente a las medidas de precaución del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, del cual se retoma lo siguiente:

⁵⁶ El comunicado sobre la importancia de los principios humanitarios, se encuentra disponible en: <<http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2003/cp0313.pdf>>.

⁵⁷ *Idem*.

1. Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.
2. Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones:
 - a) quienes preparen o decidan un ataque deberán:
 - i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares.
 - ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos;
 - iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil.
 - b) un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil.
 - c) se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.

3. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO

En este marco conceptual también se pretende dejar claro el concepto de DIH consuetudinario. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su artículo 38° define el derecho consuetudinario como “una práctica generalmente aceptada como derecho”.

Se acepta en general que la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere la presencia de dos elementos, a saber, la práctica estatal (*usus*) y la creencia de que esa práctica se exige, se prohíbe o se permite, según la índole de la norma, como derecho (*opinio juris sive necessitatis*). Como la Corte Internacional de Justicia afirmó en el asunto *Continental Shelf*, “es naturalmente axiomático que la materia del derecho internacional consuetudinario hay que buscarla ante todo en la práctica efectiva y en la *opinio juris*”.

de los Estados”. El significado exacto y el contenido de estos dos elementos han sido objeto de muchos escritos eruditos. El modo de proceder seguido en este estudio para determinar si existe una norma de derecho internacional consuetudinario general responde a un planteamiento clásico, expuesto por la Corte Internacional de Justicia en varias causas, en particular en los asuntos *North Sea Continental Shelf*.⁵⁸

Un último elemento que interesa a este marco es el III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, que deberán ser tratados de acuerdo a las disposiciones ya señaladas por los dispositivos internacionales del DIH.

V. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO EN EL MEXICO PRECUAHTÉMICO

Para retomar el hilo conductor humanitario de la Triple Alianza, es pertinente reinterpretar las costumbres guerreras practicadas en México antes de la invasión ibérica. El sentido humanitario de su expresión jurídico-política, puede detectarse a partir de ciertos principios que han sido mencionados en el tercer apartado de este mismo documento. Este artículo demuestra que la guerra en el México precuahtémico estaba altamente cargada de leyes humanitarias, esto a partir de los principios que establecen los Convenios de Ginebra tales como: i) el *principio de distinción* (entre sociedad civil y el ejército), así como ii) el *principio de precaución de ataque*, que protege a la sociedad civil en caso de ataque militar a objetivos castrenses dentro de las ciudades y finalmente, iii) el carácter de derecho consuetudinario en tanto costumbre-tradición durante la aplicación de las leyes de guerra.

⁵⁸ Henckaerts, Jean-Marie, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”, en *Internacional review of the Red Cross*, No. 857, CICR, marzo de 2005. p. 6.

- i) El *Principio de distinción* se identifica en la protección especial que se le dio a la mujer que estaba bien tipificada en las leyes de guerra rescatadas por Ángel Garibay.
- ii) El *principio de precaución* de ataque del que da cuenta Fray Juan de Torquemada.

Los elementos que establece el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su artículo 38, en el cual define al derecho consuetudinario como “una práctica generalmente aceptada como derecho.” En el marco de este artículo, se mencionó que Jean-Marie Henckaerts, ha distinguido que el DIH requiere de la presencia de dos variables: a) la *práctica estatal (usus)* b) y la creencia de que esa práctica se exige, se prohíbe o se permite, según la *índole de la norma, como derecho (opinio juris sive necessitatis)*. Desde esta perspectiva, en la juridificación internacional de la Triple Alianza, se ven cumplidas ambas variables: i) La *práctica estatal (usus)* se manifiesta en la juridificación de la guerra ritual de la Confederación de Anahuak, pues las costumbres militares tenían un carácter jurídico, para realizar el ideal político de la comunidad y del Estado. ii) *Práctica según la índole de la norma como derecho (opinio juris sive necessitatis)*. La vida de los pueblos mesoamericanos se desarrolló de acuerdo a la tradición que al ser aceptada como costumbre adquirió en la práctica el *status* de norma, en tanto que era una conducta ritualizada aceptada como derecho.

VI. CONCLUSIONES

A partir de las categorías del *reconocimiento* y la *autodeterminación*, se han dado los principios filosóficos para estudiar la guerra ritual *mexihka-tenochka*, entendida como un conjunto de normas y tratados sustentados en la costumbre, ampliamente influenciada por una ontología guerrera. Con el *reconocimiento* a las lenguas locales y la *autodeterminación* de las leyes de las naciones confederadas se demostró la falacia del “imperio azteca”, para rescatar un sistema de relacio-

nes internacionales basado en el equilibrio de poder entre las tres potencias de Anahuak: Mexihko, Texkoko y Tlakopan. La ideología política de los aliados, se sostenía por una cosmovisión, en donde la guerra ritual era un espacio de expresión, creativa (de *autopoiesis*), comprender la muerte en la guerra, *la muerte al filo de obsidiana*, es penetrar la expresión simbólica del corte con el ‘ser deóntico’, es la figura del rompimiento con la objetividad del ‘deber ser’, para iluminar al sujeto, en su perspectiva óptica. El combate florido fue una justa guerrera regida por el honor y normas humanitarias, al mismo tiempo que era un camino, para encontrar la felicidad.

A través de esta arqueología de la violencia —en tanto antropología política—, se obtuvieron resultados relevantes en materia humanitaria, no solamente a partir de la interpretación política de los mitos, sino desde la hermenéutica del linaje lingüístico que emitió la producción poética de los guerreros que forjaron el sistema político internacional de Anahuak entre el siglo XV y el XVI, y a su vez promulgaron su juridificación. Es el caso del poeta guerrero de Texkoko, Nazahualkoyotl, quien se unió a una cadena de juristas que legislaron en favor del desarrollo y la pacificación de su época, a partir del sentido humanitarista, como núcleo político de los procesos de juridificación. La implementación de rituales guerreros de acuerdo a la aparición de Venus en el manto celeste, dan la pauta de un ordenamiento cósmico, inspirado por el equilibrio entre fuerzas antagónicas, con Ketzalkoatl (venus) como marcador del inicio y el fin de las contiendas militares. La constelación de elementos que componen el DIH consuetudinario de los aliados: Tenochtitlan, Texkoko y Tlakopan, es la puesta en marcha de los principios que sustentan la juridificación de la guerra, una muestra de la civilización expuesta en las leyes que permitieron tal desarrollo espiritual humanitario, que les permitió gestar a una de las culturas más importantes que han poblado la tierra, el linaje del camino rojo, del linaje *tolteka-chichimeka*, auténtica raíz jurídico-política de Anahuak.

HEGEMONÍA PERIFÉRICA EN LA BÚSQUEDA PARA ASEGURAR LA RESPONSABILIDAD DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN EL RÉGIMEN DE SANCIONES INDIVIDUALES DE NACIONES UNIDAS

LARISSA VAN DEN HERIK¹

RESUMEN: Este artículo trata de acercarse a una problemática global que se da en el campo del Derecho, a la responsabilidad que tienen distintos organismos internacionales sobre el mismo asunto. En este caso específico se analiza la responsabilidad del Consejo de Seguridad en sanciones individuales que la ONU emite, esto desde la perspectiva de las sentencias Kadi I y II.

PALABRAS CLAVE: *Organización de las Naciones Unidas (ONU), Consejo de Seguridad, Corte Europea de Justicia (CEJ), Unión Europea (UE), Sentencias Kadi I y II, Derecho Internacional, Ombudsperson.*

ABSTRACT: This article makes an approach to a global problem, which exists in Law, to the accountability of different International Law bodies about the very same issue. In this specific case it is analyzed the responsibility of Security Council in individual sanctions, which are given by UN, this is seen from the view of Kadi I and II.

KEY WORDS: *United Nations (UN), Security Council, European Court of Justice (ECJ), European Union (EU), Kadi I and II, International Law, Ombudsperson.*

SUMARIO: I. El cambio de sanciones globales a sanciones focalizadas y sus implicaciones para las formas y estructuras de responsabilidad; II. El poder de kadi I: reformas a nivel de la ONU y la creación del *ombudsperson*; III. La aproximación hegemónica de la CEJ en kadi II; IV. Las implicaciones de kadi II. V. Algunas reflexiones posteriores.

¹ La Dra. Larissa van den Herik es profesora de derecho internacional Público en el Centro Grocio para los Estudios Jurídicos Internacionales de la Universidad de Leiden. La autora agradece a Hilde Roskam por su excelente apoyo para la investigación que sustenta este artículo. [Traducción de Patricia Uribe].

De manera vigorosa se han impulsado las demandas para fortalecer la responsabilidad del Consejo de Seguridad en el contexto del régimen de sanciones individualizadas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).² Durante los últimos años, múltiples actores han externado su preocupación o condenado el déficit de responsabilidad que existe en el régimen de sanciones que tiene como objetivo a individuos.³ Esta laguna de responsabilidad fue creada de manera efectiva cuando la muy criticada política del Consejo de Seguridad para imponer sanciones globales, cambió por completo hacia el diseño de sanciones focalizadas en los años 90.⁴ Los procedimientos tradicionales y los mecanismos de responsabilidad que controlaban las sanciones globales en contra de los Estados, tenían una naturaleza política y diplomática, y no se consideraban apropiados para el nuevo paradigma de sanciones que tiene al individuo, y no al Estado, como punto central de acción. Por tanto el cambio hacia las sanciones focalizadas requiere una visión más fresca y nuevas aproximaciones sobre la responsabilidad del Consejo de Seguridad. Los actores externos, inclu-

² Los reportes Watson han sido significativamente educativos para otorgar una guía en el proceso hacia una mayor responsabilidad. *Vid. v. g.*, Strengthening Targeted Sanctions Through Fair and Clear Procedures, 2006, UN Doc. A/60/87 – S/2006/331; Addressing Challenges to Targeted Sanctions: An Update of the Watson Report, 2009; y Due Process and Targeted Sanctions: An Update of the “Watson Report”, 2012.

³ Esas voces se unieron en la formulación de inquietudes incluido en el documento del World Summit Outcome de la Asamblea General de Naciones Unidas: “llamamos también al Consejo de Seguridad[...] a asegurar que existan procedimientos claros y justos para establecer a los individuos y a las entidades en las listas de sanciones y para removerlos, así como para otorgar excepciones humanitarias”. UN Doc. A/RES/60/1, 24 Octubre 2005, párr. 109.

⁴ La evolución de las sanciones fue promovida por las iniciativas de sanciones de reforma de Suiza, Alemania y Suecia en los llamados Procesos Interkalen de Sanciones Financieras Focalizadas (1998 y 1999), el Proceso Bonn-Berlin de Sanciones Relaciones con el Embargo de Armas y relacionadas a Vuelos y Aviación (1999 y 2000), y el Proceso Estocolmo en la Implementación de Sanciones Focalizadas (2001).

yendo los Estados, y particularmente sus Cortes,⁵ y Poderes Legislativos,⁶ pero también las Cortes⁷ y Parlamentos Regionales,⁸ los Organismos de Derechos Humanos de la ONU,⁹ y los Relatores Especiales,¹⁰ la academia,¹¹ y la sociedad civil,¹² tomaron la delantera al exponer el

⁵ United Kingdom, High Court of Justice (Administrative Court), *Hay v. HM Treasury*, [2009] EWHC 1677 (Admin), 10 July 2009; United Kingdom, High Court of Justice (Administrative Court, A, K, M, Q & G v. H.M. Treasury, [2007] EWHC 869 (Admin), 24 April 2008; y Federal Court of Canada, *Abdelrazik v. Canada*, 2009 FC 580, 4 June 2009.

⁶ *V. g.*, los Parlamentos Holandeses y Suizos (ver la actualización del Reporte Watson de 2009, *supra* nota at 41, 42).

⁷ *Nada v. Switzerland*, Appl. No. 10593/08, ECtHR (Judgment), 12 September 2012; *Al Dulimi and Montana v. Switzerland*, Appl. No. 5809/08, ECtHR (Judgment), 6 November 2013.

⁸ Parliamentary Assembly, Council of Europe, Resolution 1597 (2008), 23 January 2008.

⁹ HRC, *Nabil Sayadi and Patricia Vinck v. Belgium*, View, Communication No. 1472/2006, 29 December 2008.

¹⁰ Pronunciamientos del Relator Especial para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo al Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General de Naciones Unidas en: <<http://www2.ohchr.org/english/issues/terrorism/rapporteur/statements.htm>>, (por ejemplo la Asamblea General de Naciones Unidas, Reporte del Relator Especial A/61/27, 16 de agosto de 2006 (Scheinin) y el reporte del Relator especial A/67/396, 26 de septiembre de 2012 (Emmerson).

¹¹ Existe una amplia doctrina que hace referencia al caso Kadi. Entre los prominentes académicos que han analizado el caso Kadi, en particular desde la perspectiva de la responsabilidad, se incluye a ERICA, DE WET, “From Kadi to Nada: Judicial Techniques Favouring Human Rights over United Nations Security Council Sanctions”, en *12 Chinese Journal of International Law*, 787, 807 (2013); y IAN CAMERON, “UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights”, en *72 Nordic Journal of International Law*, 159, 214 (2003).

¹² Comisión Internacional de Juristas (ICJ), *Addressing Damage, Urging Action*. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter Terrorism and Human Rights, February 2009, disponible en: <<http://www.refworld.org/docid/499e76822.html>>.

déficit de responsabilidad, y mediante esfuerzos concertados, motivaron un ímpetu de cambio. El protagonista en esta historia es sin duda alguna la Corte Europea de Justicia (CEJ), con su legendaria sentencia Kadi.¹³

A la luz del panorama antes descrito, este artículo examina temas de la responsabilidad del Consejo de Seguridad con relación al régimen de sanciones individuales de la ONU. Particularmente observa y analiza el rol de fuerzas externas para generar cambios en el sistema de la ONU, con atención en la CEJ y su sentencia Kadi.

De forma general, la jurisprudencia de Kadi ha tenido un impacto de transformación en la relación entre la Unión Europea (UE) y el orden legal internacional, y en este contexto también ha promovido algunas reflexiones sobre si las teorías constitucionales o pluralistas ofrecen el mejor modelo de procesos de responsabilidad.¹⁴ En vez de analizar cómo la recepción o indiferencia hacia el

¹³ CFI EU, Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, Case T 306/01, Judgment, 21 September 2005; CFI EU, Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, Case T 315/01, Judgment, 21 September 2005; CJ EU, Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, Joined Cases C 402/05 P and C 415/05 P, Grand Chamber, Judgment, 3 September 2008; CJ EU, Yassin Abdullah Kadi v. Commission, Case T 85/09, General Court, Judgment, 30 September 2010; CJ EU, European Commission and Others v. Yassin Abdullah Kadi, Joined cases C 584/10 P, C-593/10 P and C 595/10 P, Grand Chamber, Judgment, 18 July 2013. See also the opinions of the Advocate General (who presents a public and impartial opinion to the case before the Court), Opinion of Advocate General Poiares Maduro, Case C 415/05 (infra), 23 January 2008; Opinion of Mr Advocate General Bot, Joined cases C 584/10 P, C-593/10 P y C 595/10 P (infra), 19 March 2013.

¹⁴ S. BESSON, "European Legal Pluralism after Kadi", en *5 European Constitutional Law Review*, 237-264 (2009); G. DE BURCA, "The European Court of Justice and the International Legal Order", en *51 Harvard International Law Journal*, 1-49 (2010), y J. D'ASPREMONT y F. DOPAGNE, KADI, "The ECJ's Reminder of the Elementary Divide between Legal Orders", en *5 International Organizations Law Review*, (2008), pp. 371, 379.

derecho internacional en la Unión Europea (UE), moldea la potencial responsabilidad dentro del orden legal europeo, este artículo examina el lado exterior, es decir, el sello de la CEJ fuera de la UE. El artículo parte de la instrumentación de la CEJ para fortalecer el sistema de responsabilidad en la ONU. Al hacer esto, el artículo ofrece una mirada mucho más general acerca del potencial de litigio descentralizado como un mecanismo estratégico para efectuar un cambio sistemático dentro de un orden legal diferente, universal.

Al reconocer los múltiples efectos positivos que el caso Kadi ha tenido en términos de ser el detonante de innovaciones a nivel de la ONU, el artículo también presenta el argumento del litigio periférico que no siempre resulta suficientemente sensible hacia las complejidades y límites de una organización mucho más global y centralizada, y que puede desconocer las implicaciones sistemáticas de la sentencia más allá de los confines concretos del caso que está en consideración. De manera más concreta en relación a los efectos externos de la sentencia Kadi II, se determina que tal vez la honesta valoración de la CEJ, o tal vez de manera hegemónica, y su compromiso no negociable con altos estándares de revisión judicial, pudieran tener repercusiones negativas en los esfuerzos mucho más amplios para fomentar los procesos de responsabilidad a lo largo de los regímenes de sanciones de la ONU. A manera de conclusión, se presentan algunas reflexiones posteriores en relación a la atención que debe darse a las discusiones presentes y futuras sobre la responsabilidad, las cuales van más allá de Kadi y el régimen de sanciones contra el terrorismo 1267/1989 de Al Qaeda.

El artículo inicia con la premisa de que la CEJ es mucho más influyente que otras cortes nacionales y regionales. Si bien se ha argumentado que la Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH), goza de la misma influencia toda vez que su jurisprudencia se expande hacia un amplio número de Estados y que goza de una

reputación mundial,¹⁵ la implementación a nivel de la UE es fundamental para un exitoso régimen colectivo de sanciones. Por tanto, la amenaza de una sentencia adversa proveniente de la CEJ, y la posible consecuencia de una anulación directa en las medidas de implementación, representa una herramienta mucho más poderosa que sentencias por Cortes y Comités de Derechos Humanos, que tienen menos efectos inmediatos. Desde luego, las denuncias de otras cortes y organismos han multiplicado y diversificado la amenaza de falta de implementación y cooperación, pero el punto central en este artículo recae en la CEJ como un agente de cambio.

I. EL CAMBIO DE SANCIONES GLOBALES A SANCIONES FOCALIZADAS Y SUS IMPLICACIONES PARA LAS FORMAS Y ESTRUCTURAS DE RESPONSABILIDAD

La búsqueda de responsabilidad es lógicamente, pero también, hasta cierto punto paradójicamente, un resultado del incremento de la actividad por parte del Consejo de Seguridad.¹⁶ De hecho, la déca-

¹⁵ Erica de Wet, *supra* nota 11, en 790: “Mientras que la CtEDH informa sobre su jurisprudencia a los 47 estados que constituyen los miembros del Consejo de Europa, la CEJ tiene un impacto en los desarrollos legales de 27 Estados que constituyen la Unión Europea. Además, de los 27 Estados Miembros de la UE (dos de los cuales son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas) son también miembros del Consejo de Europa y por tanto deben tomar en consideración tanto la jurisprudencia de la CtEDH como de la CEJ. Además, en el pasado ambas cortes han tenido una amplia influencia en la jurisprudencia de otras cortes domésticas alrededor del mundo. Por tanto es evidente la importancia de su razonamiento en las decisiones Kadi y Nada para la eficacia de los regímenes de sanciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, y justifica un escrutinio mucho más cercano”; *vid.* el Reporte del Relator Especial, A/67/396, *supra* nota 10, párr. 21: “Sin embargo, el principio en el caso Nada tiene ramificaciones geográficas mucho más amplias que el litigio Kadi debido a su aplicación en los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, incluyendo los tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad”.

¹⁶ Varios académicos han señalado que dicha búsqueda de responsabilidad podría afectar negativamente la largamente esperada reacción vigorosa del

da de los 90 ha sido caracterizada como la década de las sanciones, toda vez que ha sido testigo de un incremento significativo del uso de medidas coercitivas no militares por el Consejo de Seguridad.¹⁷

De manera conjunta con el aumento del número de regímenes de sanciones, vino una verdadera metamorfosis de este instrumento cuando los esquemas de sanciones fueron reemplazados por el de sanciones focalizadas. Mientras que el incremento cuantitativo en la actividad del Consejo de Seguridad por sí mismo trajo aparejadas mayores demandas de responsabilidad, fue la transición cualitativa la que ha tenido mayores implicaciones directas sobre las formas y estructuras de responsabilidad. Esta sección describe brevemente la transformación de las sanciones de la ONU en décadas pasadas, y establece las ramificaciones para esquemas de responsabilidad apropiados.

Originalmente, y a pesar de la connotación legal de su nombre, las sanciones de Naciones Unidas fueron concebidas como medidas políticas encaminadas hacia una determinada amenaza a la paz, en vez de respuestas legales hacia determinadas violaciones de derecho

Consejo de Seguridad, lo cual probablemente no es algo deseable tras décadas de parálisis durante la Guerra Fría. *Vid., v. g.*, BARDO FASSBENDER, “Review Essay Quis judicabit? The Security Council, Its Powers and Its Legal Control”, en *11 European Journal of International Law*, 219, 232 (2000), comparando el Consejo de Seguridad con un “deplorable débil Gulliver, recostado en el piso no por decisión propia, a quien [los abogados con sed de responsabilidad] quieren atar con sus cuerdas legales” (pp. 220, 221); y SIMON CHESTERMAN de manera más articulada en, “Globalisation and public law: A global administrative law?”, en FARRAL y RUBENSTEIN (eds.), *Sanctions, Accountability and Governance in a Globalised World* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), argumentando que el costo de mayor responsabilidad podría reducir la habilidad de responder a situaciones de crisis, p. 83.

¹⁷ D. CORTRIGHT, G.A. LOPEZ y L. GERBER-STELLINGWERF, “The Sanctions Era: Themes and Trends in UN Security Council Sanctions since 1990”, en V. LOWE et al., (eds.), *The United Nations Security Council and War; The Evolution of Thought and Practice since 1945* (Oxford: Oxford University Press, 2008), en 205, 225.

internacional.¹⁸ Los procesos tradicionales y los mecanismos implementados para las sanciones globales impuestas para los Estados fueron políticas y diplomáticas en sustancia. Por ejemplo, la Regla 37 de las Reglas de Procedimiento del Consejo aseguran que los Estados cuyos intereses sean afectados por una cuestión discutida en el Consejo serán invitados a presentar su opinión.¹⁹ De manera similar, el artículo 50 de la Carta de las Naciones Unidas le otorga a terceros Estados que se enfrentan con problemas económicos especiales, como resultado de las sanciones económicas impuestas, el derecho de consulta con el Consejo.²⁰ Este marco institucional orientado hacia el Estado, no estaba preparado arquitectónicamente para dar atención a los individuos como un nuevo objeto de sanciones. Los individuos simplemente no tenían acceso al Consejo de Seguridad y transcurrió tiempo antes de que se comprendiera el hecho de que los individuos también pueden ser objeto de sanciones, presupone también una amplia reconfiguración de los procedimientos y de mecanismos de responsabilidad. Inicialmente, el desarrollo del concepto de las sanciones focalizadas estaba principalmente enfocado a mitigar los extensos daños colaterales de las sanciones globales en poblaciones ‘inocentes’, y en otorgar mucha mayor efectividad a las sanciones. La protección del individuo que ha sido objeto de

¹⁸ HANS KELSEN, “Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations”, en *42 American Journal of International Law*, 783-796 (1948), p. 788.

¹⁹ La Regla 37 de las Reglas Provisionales de Procedimiento establece: “Cualquier Miembro de las Naciones Unidas que no sea miembro del Consejo de Seguridad puede ser invitado, como resultado de una decisión del Consejo de Seguridad, a participar, sin voto, en la discusión de cualquier asunto sometido ante el Consejo de Seguridad cuando el Consejo de Seguridad considere que los intereses del Consejo se encuentren especialmente afectados, o cuando el Miembro se encuentre especialmente afectado, o cuando un Miembro someta un asunto al Consejo de conformidad con el artículo 35 (1) de la Carta”. UN Doc. S/96/Rev.7, 1983.

²⁰ Vid. SIMMA, KHAN, NOLTE y PAULUS (eds.), *The Charter of the United Nations, a commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2012), comentario al Artículo 50.

sanciones no era la preocupación principal, de hecho el punto de vista de los individuos cuyos intereses se encontraban directamente afectados, y a quienes debía ofrecerles nuevos mecanismos para la protección de dichos intereses, se presentó después.²¹

Conjuntamente con la reconfiguración del instrumento, la década de los 90 así como en los años siguientes, se produjo una expansión del tipo de emergencia que debían ser motivo de sanciones. Debido a la versalidad de la noción de ‘amenaza a la paz’,²² el régimen de sanciones se estableció para un amplio espectro de situaciones diferentes. Establecidas de manera amplia como medidas no militares bajo Capítulo VII (de la Carta de la ONU), las sanciones se impusieron en identidades más específicas como instrumentos para la no proliferación nuclear en el contexto de Corea del Norte e Irán,²³ mecanismos de implementación de derechos humanos y herramientas pro-democráticas, así como herramientas para manejo de conflictos en un buen número de países,²⁴ tales como Repú-

²¹ T.J. Biersteker, Targeted sanctions and individual human rights, 65 *International Journal* 99 (2009-2010), p. 101.

²² Vid. SIMMA, KHAN, NOLTE y PAULUS (eds.), *The Charter of the United Nations, a commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2012), comentario al Artículo 39.

²³ En respuesta a los ensayos nucleares de Corea del Norte (DPRK), el Consejo de Seguridad impuso sanciones en sus resoluciones 1718 (2006), 1874 (2009), 2087 (2013) y 2094 (2013). Las medidas incluían un embargo de armas, un embargo a los programas relacionados con las armas de destrucción masiva, y una prohibición en la exportación de los artículos de lujo, así como sanciones individuales focalizadas, ver: <<http://www.un.org/sc/committees/1718/>>.

Con respecto al programa nuclear de Irán, las sanciones se impusieron el 23 de diciembre de 2006 por la resolución 1737. El mandato del Comité de Sanciones fue expandido en las resoluciones 1747 (2007), 1803 (2008) y 1929 (2010). Las medidas incluían un embargo a los programas relacionados con la proliferación nuclear y misiles balísticos; un embargo de armas, y una restricción de viaje y la congelación de cuentas de determinadas personas y entidades. *vid.*: <<http://www.un.org/sc/committees/1737/>>. *vid.* S. E. ECKERT, “United Nations and nonproliferation sanctions”, en 65 *International Journal*, 69 (2009-2010).

²⁴ Las sanciones relacionadas con el manejo de crisis, la paz, democracia y el cumplimiento a derechos humanos, fueron impuestas, *inter alia*: Angola (1993-

blica Democrática del Congo,²⁵ la República Central Africana,²⁶ y Yemen,²⁷ y como parte de las estrategias contra el terrorismo en particular en el régimen de sanciones 1267 de Al Qaeda/Taliban.²⁸ En el contexto de sanciones autónomas de la UE,²⁹ ha emergido un cuarto tipo en respuesta a los desarrollos de la Primavera Árabe que busca asistir a los nuevos regímenes a atacar la apropiación indebida de los fondos del Estado por sus predecesores.³⁰ Efectivamente,

2002), UN Doc. S/RES/864, 15 September 1993, Somalia (1992- al presente), UN Doc. S/RES/751, 24 April 1992 [su mandato fue expandido y el comité fue renombrado para incluir las sanciones en Eritrea, S/RES/1907, 23 diciembre 2009], Iraq (2003-al presente), UN Doc. S/RES/1518, 24 noviembre 2003, Liberia (1992-al presente), los posteriores regímenes de sanciones fueron establecidos entre 1997 y 2001. Las sanciones actuales de Liberia están sustentadas en UN Doc. S/RES/1521, 22 diciembre 2003, Cote d'Ivoire (2004-al presente), UN Doc. S/RES/1572, 15 noviembre 2004. *vid.*: <http://www.un.org/sc/committees/list_compand.shtml> y el Consortium de las Sanaciones Focalizadas "Sanctions App".

²⁵ UN Docs. S/RES/1493, 28 julio 2003 y S/RES/1533, 12 marzo 2004.

²⁶ UN Doc. S/RES/2127, 5 diciembre 2013.

²⁷ UN Doc. S/RES/2140, 26 febrero 2014.

²⁸ UN Doc. S/RES/1267, 15 octubre 1999 y posteriormente desarrollada en resoluciones posteriores. Otro régimen de sanciones fue establecido en el contexto de Líbano después del bombardeo terrorista de Hariri, UN Doc. S/RES/1636, 31 octubre 2005.

²⁹ En adición al regimen de sanciones de la ONU, la UE también ha creado sus propios regímenes como parte de su política exterior y de seguridad por ejemplo para Zimbabwe, Birmania y Bielorrusia, o extiende los regímenes de sanciones con su propio listado tal y como fue en el caso de Irán. Las sanciones autónomas de la UE pueden subdividirse en sanciones que están dirigidas directamente a individuos sospechosos de apoyar actos terroristas y sanciones dirigidas en contra de Estados que también incluyen individuos estrechamente vinculados al Estado. Las sanciones autónomas anti-terroristas de la UE están diseñadas para cumplir efectivamente con las obligaciones de los Estados miembros de la Unión Europea bajo la resolución 1373 (2001) de Naciones Unidas.

³⁰ *V.g.* en Túnez y Egipto, Council Decision 2011/72/CFSP, 2 febrero 2011, con la última modificación y renovación por Council Decision 2014/49/CFSP, 30 enero 2014, y Council Decision 2011/172/CFSP, 22 March 2011 con la última

estos regímenes, debido a que fueron impuestos en contra de anteriores líderes egipcios y tunesinos, son utilizados para desviar procesos regulares mucho más complejos de asistencia legal mutua.³¹

Los propósitos concretos del régimen de sanciones son contingentes de la identidad del régimen como tal, y pueden variar y fluctuar a lo largo del tiempo, dependiendo del desarrollo de la emergencia a la cual están dirigidos, así como a su relación con otras medidas. Generalmente, se pueden distinguir tres propósitos de las sanciones de Naciones Unidas: (i) para coercer o cambiar el comportamiento, (ii) para limitar el acceso a determinados recursos que son necesarios para llevar a cabo determinadas actividades, o (iii) para señalar y estigmatizar.³² En la práctica, constantemente se han presentado argumentos relacionados al carácter punitivo de las sanciones, o que por lo menos tienen un impacto que pudiera equipararse a medidas punitivas.³³ La discusión sobre la potencial naturaleza punitiva de las sanciones fue particularmente llamativa en el establecimiento de sanciones contra el terrorismo debido a las connotaciones del terrorismo como un acto criminal, lo cual fue reforzado por las consecuencias que se percibieron, de que di-

modificación y renovación de la Decisión del Consejo 2014/153/CFSP, 20 marzo 2014.

³¹ MAYA LESTER, “First Arab Spring Sanctions Judgments – 3 Annulments of Tunisian Listings by the European Court”, disponible en <<http://europeansanctions.com/2013/05/30/first-arab-spring-sanctions-judgments-3-annulments-of-tunisian-listings-by-the-european-court/>>, 30 May 2013.

³² T.J. BIERSTEKER *et al.*, (eds.), *Designing United Nations Sanctions, Initial Findings of the Targeted Sanctions Consortium* (New York, 27 April 2012), posteriormente desarrollando y adaptando la tipología de F. Giumelli, *Coercing, constraining and signaling: explaining UN and EU sanctions after the Cold War* (Colchester: ECPR Press, 2011).

³³ Sobre el impacto de las sanciones *vid.* EUCLID A. ROSE, “From a Punitive to a Bargaining Model of Sanctions: Lessons from Iraq”, en *49 International Studies Quarterly*, 459-470 (2005); y DAVID CORTRIGHT y GEORGE A. LOPEZ, “Learning from the Sanctions Decade”, en *2 Grotius Dialogue* (3) (2000), disponible en <<http://www.worlddialogue.org/print.php?id=90>>.

cha calificación debía relacionarse con la naturaleza de la solución (*remedy*) que debía otorgarse.³⁴ Sin embargo, en muchas ocasiones, se enfatizó –inclusive por la CEJ– que las sanciones de la ONU son intrínsecamente preventivas en naturaleza.³⁵

La cuestión sobre cómo las sanciones focalizadas pueden ser comparadas a las sanciones globales en términos de efectividad, es materia de debate y no puede responderse en abstracto. Estudios recientes han desarrollado y corregido teorías y metodologías para determinar la política de resultado del régimen de sanciones focalizadas de forma específica.³⁶ Estos estudios sugieren que un número de factores determina y moldea el impacto de las sanciones focalizadas, incluyendo su diseño, el conjunto de políticas en donde el régimen de sanciones se establezca, las interacciones entre quienes las imponen y quienes las reciben, las reglas y percepciones en el proceso de decisión.³⁷ Además, ha sido enfatizado que el régimen de sanciones debe ser evaluado por episodios que tomen en cuenta los cambios sustantivos, temporales y contextuales.³⁸ Las sanciones focalizadas pueden jugar roles diferentes en contextos diferentes, o en diferentes momentos dentro de la misma situación, y diferentes

³⁴ ANDREA BIANCHI, “Assessing the Effectiveness of the UN Security Council’s Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion”, en *17 European Journal of International Law*, 881-919 (2006); 2009 Update of the Watson report, supra note 2, Section 3 (por Larissa van den Herik y Nico Schrijver).

³⁵ *Vid., v. g.*, UN Doc. S/RES/2083, 17 December 2012, 14 párrafo preámbular y CEJ Kadi II Sentencia del 18 julio 2013, párr. 130.

³⁶ GARY CLYDE HUFBAUER *et al.*, *Economic Sanctions Reconsidered*, 3rd edition (Washington: Peter G. Peterson Institute for International Economics, 2007), M. ERIKSSON, *Targeting Peace; Understanding UN and EU targeted sanctions* (Burlington: Ashgate, 2011), F. GIUMELLI, *Coercing, constraining and signaling: explaining UN and EU sanctions after the Cold War* (Colchester: ECPR Press, 2011). y para las sanciones de la UE: C. PORTELA, *European Union sanctions and foreign policy: when and why do they work?* (Abingdon: Routledge, 2010).

³⁷ M. ERIKSSON, *Targeting Peace; Understanding UN and EU targeted sanctions* (Burlington: Ashgate, 2011), p. 6.

³⁸ *Ibidem*

paradigmas estratégicos pueden sustentar las políticas de las sanciones, que vayan desde tener un efecto disuasivo o de contención, coerción, diplomacia y prevención.³⁹ Debido a que cada régimen de sanciones es único en muchos aspectos y dimensiones,⁴⁰ y debido a que las sanciones nunca son impuestas de manera aislada,⁴¹ sino como parte de un esquema mucho más amplio de políticas e iniciativas legales, estudios más recientes, así como proyectos en curso, tienden a identificar factores que los correlacionan con resultados efectivos en vez de hacer inferencias directas causales.⁴²

Dejando a un lado su relativa baja efectividad, ha habido un incremento en el uso de sanciones colectivas de la ONU. Lo cual ha resultado en un mayor grado de sofisticación y diversificación de la herramienta antes descrita. Por tanto, el creciente recurso de la herramienta de sanciones como tal, culminó en una transformación que concierne tanto a los últimos destinatarios de las sanciones, así como a su funcionalidad y la lógica que las sustenta. Conjuntamente, estos cambios paradigmáticos dan lugar a solicitudes mucho más firmes de responsabilidad como nunca antes. La presión para mayores sanciones basadas en reglas no se dio en una antesala aislada, sino fue parte de un movimiento mucho más amplio. De hecho, la demanda mucho más global sobre la creciente densidad de la gobernanza mundial y el consecuente cambio en la actividad, al pasar de ser puramente regulatoria a acompañar una dimensión ejecutiva con un impacto directo en los derechos y los intereses de los individuos, necesita el replanteamiento de los procesos de responsabilidad, lo cual es el punto medular del proyecto de Derecho Administrativo Global (GAL por sus siglas en inglés). En el contexto de este proyecto, se han identificado elementos cardinales de la responsabilidad:

³⁹ *Ibidem*, at 53-54.

⁴⁰ T.J. BIERSTEKER *et al.*, (eds.), *Designing United Nations Sanctions, Initial Findings of the Targeted Sanctions Consortium* (New York, 27 April 2012), p. 13.

⁴¹ *Ibidem*, p.13

⁴² *Ibidem*, p.17.

transparencia, participación, decisión razonada, legalidad y reparaciones efectivas.⁴³ Aún cuando el concepto de responsabilidad se manifiesta de diversas formas y existe en diferentes niveles, y se encuentra en continuo estado de evolución en estos respectos,⁴⁴ hay un acuerdo global de que la responsabilidad va más allá de los mecanismos de reacción exclusivamente.⁴⁵ En una reflexión sobre las sanciones y la responsabilidad es importante enfatizar lo anterior, toda vez que las discusiones inspiradas en Kadi –en particular en los círculos europeos– se han enfocado en los procesos para remover del listado únicamente negando la importancia de un proceso adecuado de listado, las mejoras que ya existen en dichos procesos, y otras cuestiones procesales como aquellas relacionadas al otorgamiento de excepciones humanitarias. Desde luego las cuestiones del listado y la remoción del listado se encuentran estrechamente relacionadas, debido a que sólo las decisiones que se fundamenten con base en criterios identificados previamente (*ex ante*), y que cumplan con procedimientos establecidos, pueden ser sujetas a algún tipo de revisión independiente *ex post facto*. En este respecto, también debe señalarse que el razonamiento de responsabilidad que subyace no se relaciona solamente con su capacidad para limitar el poder, sino también para hacer el proceso de decisión mucho más razonado y para mejorar la calidad de las decisiones. De forma conjunta todos estos objetivos pueden mejorar la habilidad de aquellos que resulten

⁴³ B. KINGSBURY, N. KRISCH y R. STEWART, “The emergence of global administrative law”, en *68 Law and Contemporary Problems*, 15 (2004-2005), p. 17.

⁴⁴ R. MULGAN, “‘Accountability’: An Ever-Expanding Concept?”, en *78 Public Administration*, 3: 555, 573 (2000).

⁴⁵ SIMON CHESTERMAN y BEATRICE POULIGNY, “Are Sanctions Meant to Work – The Politics of Creating and Implementing Sanctions through the United Nations”, en *9 Global Governance*, 503-518 (2003); SIMON CHESTERMAN, “Globalization Rules: Accountability, Power, and the Prospects for Global Administrative Law”, en *14 Global Governance*, 39-52 (2008).

afectados para proteger sus derechos e intereses legítimos,⁴⁶ pero en definitiva un proceso de decisión mucho más razonado puede ser visto como un beneficio por sí mismo.

Específicamente en el ámbito de sanciones, los llamados para una reforma procedimental se basan en la idea de que el cambio de los individuos como objetos últimos de las sanciones requiere un modelo mucho más legal de responsabilidad. Sin embargo, gran parte de la discusión estaba relacionada, por virtud de la sentencia Kadi, a un régimen específico de sanciones que era el régimen 1267/1989 Al Qaeda en contra del terrorismo. Este régimen había sido caracterizado como la madre de todo el régimen de sanciones y como un precursor,⁴⁷ pero en muchos aspectos es atípico.⁴⁸ Por tanto, surge la cuestión de hasta qué punto hay una demanda concreta de responsabilidad que emerge desde el régimen 1267/1989 en contra del terrorismo de Al Qaeda, y que pueda ser transplantado hacia un sistema de sanciones mucho más general. La identidad del régimen de sanciones, ya sea en un sistema en contra del terrorismo, o un régimen de derechos humanos/democracia/conflicto, o un régimen de no proliferación, puede tener un impacto en los diseños de responsabilidad que resulten mucho más acordes y apropiados. Además, aún pensando que todos estos regímenes tienen como objetivo a los individuos, existe también la necesidad de diferenciar y distinguir entre dos categorías de individuos. Primero, existen individuos que se encuentran principalmente listados con

⁴⁶ *Vid.* el reporte de la reunión 5474 del Consejo de Seguridad, UN Doc. S/PV.5474, 22 junio 2006, p. 25, 26.

⁴⁷ Mr. Mayr Harting, Presidente del Comité 1267, citado en la actualización 2012 del Reporte Watson, *supra* nota 1, en 25.

⁴⁸ Esto es atípico toda vez que este es el único régimen de sanciones sin una conexión territorial y está basado en una determinación muy general de que todos los actos de terrorismo pueden constituir una amenaza a la paz. S/RES/1390, 28 January 2002.

base en su posición o afiliación con el Estado.⁴⁹ Estos individuos pueden, en principio, usar el aparato estatal para participar y desafiar el proceso de decisión de las sanciones, y por tanto la necesidad para reconfigurar los procesos de responsabilidad es mucho menos inmediato. El segundo grupo de individuos objeto de sanciones, son los que se oponen al Estado, ya sea como rebeldes en un conflicto civil, o que hayan sido clasificados como terroristas,⁵⁰ obviamente estos individuos no están en posición de emplear los canales diplomáticos regulares. Finalmente, existe un grupo intermedio de individuos que formalmente no pertenecen al aparato del Estado, pero que son objeto de sanciones debido a su afiliación informal con el régimen, o su poder económico o de otro tipo con el régimen. En algunos casos los miembros de la familia han sido objeto de sanciones, ya sea por su afiliación al régimen, o para asegurar que

⁴⁹ Corea del Norte: 'Consolidated List of Entities and Individuals', última actualización 31 de diciembre de 2013, <http://www.un.org/sc/committees/1718/pdf/List_Entities_and_Individuals_English.pdf>; los criterios de listado pueden encontrarse en el Documento de Naciones Unidas S/RES/1718 (2006), par. 8 (d) y (e), *vid.* 'Guidelines of the committee for the Conduct of its Work', 20 junio 2007, <http://www.un.org/sc/committees/1718/pdf/guidelines_20_jun_07.pdf>. Irán: 'INDIVIDUALS AND ENTITIES DESIGNATED AS SUBJECT TO THE TRAVEL BAN AND ASSETS FREEZE PURSUANT TO RESOLUTIONS 1737 (2006), 1747 (2007), 1803 (2008), AND 1929 (2010) AND TO THE COMMITTEE DECISIONS OF 18 APRIL 2012 AND 20 DECEMBER 2012', <<http://www.un.org/sc/committees/1737/pdf/1737ConsolidatedList.pdf>>; el criterio del listado puede encontrarse en el documento de Naciones Unidas S/RES/1737 (2006), par. 18 (f); ver también 'Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work', <<http://www.un.org/sc/committees/1737/pdf/revisedguidelinesfinal.pdf>>.

⁵⁰ Al Qaeda: 'The List established and maintained by the Al Qaida Sanctions Committee with respect to individuals, groups, undertakings and other entities associated with Al Qaida', Last updated on 14 March 2014, <<http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/AQList.pdf>>; los criterios del listado pueden encontrarse en UN Doc. S/RES/2083, 17 diciembre 2012, par. 10; *vid.*: 'Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work', 15 abril 2013, <http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267_guidelines.pdf>.

no se conviertan en un santuario financiero para los familiares que también son objeto de sanciones.⁵¹ El problema de responsabilidad es más agudo para el segundo grupo de individuos que no tienen ninguna relación con el aparato del Estado de ninguna forma, así como para el grupo intermedio. Por tanto, es importante apreciar que el problema de responsabilidad se presenta en diferentes formas e intensidades para diferentes categorías de individuos. Por tanto, el argumento puede hacerse a la luz de la diversificación de sanciones en términos de objetivos y propósitos, puede haber necesidad tanto de una fertilización cruzada así como de una diferenciación entre los modelos de responsabilidad.

Como una observación final en esta sección sobre la transformación de las sanciones de globales a focalizadas, puede apreciarse que las últimas se han convertido hasta el momento en las principales sanciones,⁵² y que son empleadas por todos los actores relevantes dentro del ámbito de las sanciones. De manera adicional a las Naciones Unidas, los Estados Unidos y la UE son actores importantes en este respecto. Además de implementar sanciones de la ONU, la UE ha desarrollado una política autónoma de sanciones como parte de su Política Exterior y de Seguridad Común, que también emplea sanciones focalizadas en vez de sanciones globales.⁵³ Las discusio-

⁵¹ La jurisprudencia de la UE sobre la pertinencia de listar miembros de la familia es confusa. En *Tay Za*, la Corte (Gran Cámara) estableció que no puede suponerse que los miembros de la familia de figuras prominentes empresariales se benefician de las funciones ejercitadas por el empresario, y que esto establezca un vínculo suficiente con el régimen militar en Birmania, Caso No. C 376 10, 13 marzo 2012, para. 71. En contraste, en el caso de *Bouchra al Assad*, la hermana del Presidente y la esposa del *Deputy Chief of Staff*, la Corte General estableció que el Consejo estaba en la posibilidad de presumir que ella se había beneficiado del régimen, Caso No. T 202/12, 12 marzo 2014, párr. 99-106.

⁵² Con la excepción del segundo régimen de sanciones de Libia que comenzó con la Resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad.

⁵³ Esto a pesar de que las sanciones autónomas de la UE a Irán que se adicionaron a las sanciones implementadas de la ONU fueron, en algún momento, de amplio alcance, afectando un amplia gama de actores económicos que tenían

nes sobre la responsabilidad por las sanciones de la ONU podían estar inspiradas y ser contrastadas con los desarrollos en estos otros órdenes legales. Sin embargo, al hacer esto, no pueden ignorarse las diferencias en los contextos políticos y legales en los cuales las sanciones de la ONU, la UE, y los Estados Unidos son adoptadas. Las sanciones bilaterales de los Estados Unidos son generalmente mucho más flexibles que las sanciones multilaterales, y están sujetas a menos regulaciones y procesos de responsabilidad legal. En este sentido puede observarse que el sistema autónomo de sanciones de la UE está sujeto a un escrutinio mucho más amplio que las sanciones bilaterales de los Estados Unidos. Esto ha reducido la discrecionalidad de los órganos políticos de la UE en su decisión de listado.⁵⁴ Sin embargo, en ambos casos, tanto los Estados Unidos como en la UE, las sanciones se mantienen como un instrumento de política exterior guiado por los intereses del Estado o determinado de manera amplia como objetivos políticos. Por ejemplo, la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE, incluyendo las decisiones para imponer e implementar las sanciones, están guiadas “por los principios que han inspirado su creación”, entre ellos

[...]la democracia, el estado de derecho, la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales,

un alto impacto en la población en general lo cual podría ser comparado con las sanciones globales.

⁵⁴ Esta diferencia se hizo manifiesta en las políticas de sanciones de la UE y de Estados Unidos que afectaban individuos en Rusia en relación a los desarrollos de Crimea, cuando se emplearon listas divergentes y la Canciller alemana Angela Merkel indicó que la base legal diferente explicaba diferentes decisiones de listado. La UE podía tener como objetivo a grupos pequeños de individuos que controlan el país, o la industria, ya que la UE únicamente podía enlistar individuos que fueran responsables por acciones que pusieran en peligro o amenazaran la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania, y debido a la evidencia que se requería para ello: “EU leaders agree new Russia sanctions”, 21 March 2014, <www.euobserver.com>. Council Decision 2014/145/CFSP, 17 March 2014, as implemented by Council Regulation No. 269/2014, 17 marzo 2014 y Council Implementing Regulation No. 284/2014, 21 marzo 2014.

el respeto por la dignidad humana, los principios de equidad y solidaridad, el respeto por los principios de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional.⁵⁵

Las sanciones de las Naciones Unidas, aún cuando están inspiradas en un sentido más amplio en principios similares, tienen un ámbito de aplicación mucho más restringido. Toda vez que están gobernadas por el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, su área de aplicación está confinada a situaciones que involucran amenazas a la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, y a pesar de varios intentos en algunos órdenes legales para regular los regímenes de sanciones y establecer ciertos límites a la discrecionalidad política, en los contextos de la ONU, la UE, y Estados Unidos, las sanciones continúan teniendo una naturaleza predominantemente política. Por ejemplo, hasta el momento, la decisión sobre cuando imponer sanciones, así como su diseño general, continúa dentro del dominio político y excluido del escrutinio judicial. El diseño de las sanciones, y la decisión de no listar a un individuo en específico, no han sido revisados por las cortes.⁵⁶ Las demandas de responsabilidad podrían culminar eventualmente en la preferencia para imponer mayores sanciones basadas en la ley, toda vez que se fundamentan en la articulación de criterios específicos para el listado

⁵⁵ Artículo 21 (1) TFEU. Artículo 21(2) lista las metas específicas que la UE va a perseguir en sus relaciones internacionales.

⁵⁶ Por ejemplo, la decisión de no incluir a Putin en el listado fue claramente política, lo cual fue defendido por la Casa Blanca al indicar que tener como objetivo a un Jefe de Estado sería un paso extraordinario, “EU and US impose sanctions on Russian and Ukrainian officials”, the Guardian, 17 marzo 2014. El tener como objeto de sanciones a los Jefes de Estado también puede aparejar cuestiones de inmunidad. Es interesante observar que para algunos académicos los esquemas de sanciones con un esquema parcial, es decir, los que se enfocan en una parte del conflicto, y que no listen a los individuos de todas las partes de ese conflicto, son generalmente más efectivos, T.J. BIERSTEKER *et al.*, (eds.), *Designing United Nations Sanctions, Initial Findings of the Targeted Sanctions Consortium*, (New York, 27 April 2012), p. 29, fn. 12.

de individuos, así como en movimientos para incentivar reformas procesales incluyendo otorgar la posibilidad para que los individuos que aparezcan en la lista puedan ejercitar acción en contra de su listado. No obstante estas demandas concretas, otras cuestiones mucho más amplias permanecen intactas. De forma general, se puede concluir que la misión de mejores esquemas de responsabilidad está en proceso de cambio. Lo cual comenzó una década atrás, cuando, inmediatamente después de los sucesos del 11 de septiembre, el 18 de diciembre de 2001, el Señor Kadi presentó su caso ante la Corte General (en ese entonces el CFI) en Luxemburgo.

II. EL PODER DE KADI I: REFORMAS A NIVEL DE LA ONU Y LA CREACIÓN DEL OMBUDSPERSON

En la década que ha transcurrido desde que Kadi iniciara procedimientos en Luxemburgo, se han llevado a cabo significativas reformas procesales en el régimen de sanciones a nivel de la ONU. Aún cuando la causalidad puede ser un concepto demasiado sincero para capturar las complejas dinámicas sociales, hasta este momento pocos han desestimado que los procedimientos en Kadi I fueron un motor de cambio crucial. Las mejoras que se realizaron tanto para el proceso de listado como para el proceso de remoción del listado trajeron al régimen de sanciones 1267/1989 de Al Qaeda estrechamente en línea con los estándares mencionados de responsabilidad como transparencia, participación, decisiones razonadas, legalidad y reparaciones efectivas. Concretamente, las reformas sobre el listado se relacionaban con la notificación, la articulación de criterios más específicos para listar, la preparación de un informe del caso, y resúmenes, así como la publicación de la información sobre las razones para incluir en el listado. Sin embargo, el proceso tendiente a establecer mayor responsabilidad también se quedó corto en ciertas ocasiones, pues muchas veces los Estados solamente eran alentados

a cumplir con ciertos estándares, en vez de que fueran obligados a ello.⁵⁷

El primer paso para facilitar y estimular el proceso de remoción del listado fue el desarrollo de un procedimiento interno de revisión trianual.⁵⁸ Las razones para esta modificación era prevenir un listado perpetuo y abordar cuestiones de legitimidad, así como para remover listados que siempre han sido o que en algún momento se han determinado inapropiados, y por tanto para mantener y actualizar una lista adecuada, que toca el punto de la necesidad de un proceso de toma de decisión cualitativo. La reforma más revolucionara fue la introducción de un *Ombudsperson* como una entidad externa con un cierto nivel de escrutinio. Inicialmente, el establecimiento del *Ombudsperson* estaba enfocado principalmente a ofrecer a los individuos cierto acceso y la posibilidad de ser escuchados. Los poderes principales del *Ombudsperson* estaban confinados a la recopilación de información y a entablar diálogo. Con base en estas funciones, cuando se tenía una solicitud de remoción del listado, el *Ombudsperson*

escribiría un reporte completo que exclusivamente: (a) resumiría [...] toda la información (que tuviese) disponible[...] (b) describiría sus actividades... (c) con base en el análisis de la información disponible del *Ombudsperson* y sus observaciones, presentaría al Comité los principales argumentos sobre la solicitud de remoción del listado.⁵⁹

Posteriormente, quedaría a cargo del Comité de Sanciones aprobar o rechazar la solicitud de remoción del listado a través de sus procesos normales de toma de decisión. Los poderes del *Ombudsperson* fueron expandidos significativamente en la resolución 1989, cuando se le otorgó la facultad de hacer recomendaciones para remover del

⁵⁷ UN Doc. S/RES/1904, 17 diciembre 2009, párr. 12-15.

⁵⁸ UN Doc. S/RES/1822, 30 junio 2008, párr. 24-26.

⁵⁹ *Ibid.*, Annex II, párr. 7.

listado que en principio tendrían efecto a menos que fueran revertidas de manera unánime por el Comité de Sanciones o, de haber sido referidas, por la mayoría del Consejo de Seguridad.⁶⁰ Por tanto el *Ombudsperson* ha contribuido a un mayor mecanismo de responsabilidad para el régimen de sanciones 1267/1989 de Al Qaeda al incrementar la transparencia en los procesos de listado, mediante la promoción de un mejor análisis de las razones en las que se sustenta y, en un sentido mucho más limitado, al otorgar evidencia para el listado. La aceptación del Consejo de Seguridad del escrutinio externo independiente sobre sus propias decisiones y aquellas del Comité de Sanciones, fue un hecho sin precedentes, y por tanto no debe tomarse a la ligera, aún cuando las modalidades de la revisión son todavía modestas. En la Resolución 2083, el Consejo de Seguridad reafirmó su apoyo al *Ombudsperson* y alentó a los Estados para que estos motivaran a su vez a los individuos y a las entidades para acercarse al *Ombudsperson* con peticiones de remoción del listado, en vez de cortes nacionales y regionales.⁶¹

Las reformas procesales hechas en el contexto del régimen 1267/1989 de Al Qaeda han tenido un cierto efecto de marea hacia otros sistemas de sanciones, pero esto ha sido generalmente confinado a mejorar el procedimiento de listado, y sólo en una proporción mucho más limitada para cambios sobre el proceso de remoción del listado. De forma general, se puede percibir una cierta tendencia hacia una mayor formalización en el diseño del sistema de sanciones. Aún cuando algunos regímenes de sanciones, como el de no proliferación, continúan siendo profundamente políticos, otros regímenes, en particular el de derechos humanos y el de con-

⁶⁰ Esto no se ha presentado hasta el momento, *vid.* Séptimo Reporte del *Ombudsperson* al Consejo de Seguridad, UN Doc. S/2014/73, 31 enero de 2014, para. 32. Sin embargo, en una ocasión, un individuo que fue removido del listado fue inmediatamente listado en otro régimen, lo cual puede tener implicaciones para que los procedimientos ante del *Ombudsperson* sean justos y equitativos. Ver *ibid.*, para. 33-37.

⁶¹ UN Doc. S/RES/2083, 17 diciembre 2012, párr. 22.

flictos civiles, se encuentran parcialmente diseñados alrededor de los criterios para listar que están relacionados con normas jurídicas internacionales.⁶² Aún más, los comités de sanciones actualmente operan con base en lineamientos que establecen algunos estándares modestos de transparencia en la forma de requisitos de notificación y solicitud para preparar las descripciones argumentativas, y que sustenten las razones para el listado.⁶³ En contraste, las innovaciones sobre el procedimiento de remoción de listado en la forma de un *Ombudsperson* han sido confinadas al régimen 1267/1989 Al Qaeda y no fueron expandidas hacia otros regímenes. De hecho, cuando este régimen estuvo dividido en dos, el de Al Qaeda y el del Talibán, los individuos que se encontraban listados bajo el régimen de sanciones del Talibán estuvieron fuera del mandato del *Ombudsperson*.⁶⁴

Además del ámbito limitado de su mandato, la institución del *Ombudsperson* también ha sido criticada por ser insuficiente en otros aspectos. Las deficiencias cruciales, desde una perspectiva legal, se centran en el hecho de que la institución no es una entidad jurídica, la corta duración de su mandato (inicialmente 18 meses, actualmente 30 meses), y principalmente la posibilidad de revertir sus recomendaciones ya sea por el Comité de Sanciones o por el Consejo de Seguridad.⁶⁵ Por estas razones, el Relator Especial para la lucha contra el Terrorismo estableció que las reformas eran poco

⁶² Por ejemplo, en el régimen de sanciones de la República Central Africana, los individuos pueden estar listados debido a que se encuentran “involucrados en la planeación, dirección, o han cometido actos que violan derechos humanos o derecho humanitario internacional..., incluyendo actos que involucren violencia sexual, ataques en contra de civiles, ataques con motivos étnicos o religiosos, ataques en escuelas y hospitales, secuestros o raptos, y desplazamiento forzoso, UN Doc. S/RES/2134, 28 enero 2014, párr. 37(b).

⁶³ Los lineamientos de cada Comité pueden encontrarse en este sitio web: <http://www.un.org/sc/committees/list_compend.shtml>.

⁶⁴ UN Doc. S/RES/1988, 17 June 2011; UN Doc. S/RES/1989, 17 June 2011.

⁶⁵ Actualización del Reporte Watson de 2012, *supra* nota 2, Sección dos.

satisfactorias, y criticó la ausencia de una solución (*remedy*) efectiva a nivel de la ONU.⁶⁶ El Relator enfatizó que las cortes nacionales y regionales se habían pronunciado al respecto como una consecuencia de esta laguna.⁶⁷ Estas cortes descentralizadas, generalmente revisaban las medidas de implementación del Consejo de Seguridad.⁶⁸ Al hacer eso, aparentemente respetan las prerrogativas del Consejo de Seguridad y se abstienen de llevar a cabo una revisión directa del régimen de sanciones o de las listas al nivel de la ONU. Sin embargo, debido a la falta de cualquier facultad discrecional real por parte de los Estados al implementar dichas sanciones, la decisión de una corte que anule la medida implementada crea un problema complicado respecto al Artículo 103 para el Estado que lo implemente, ya que la obligación principal del Consejo de Seguridad es listar y la implementación persiste.⁶⁹ Además, el potencial de estas cortes descentralizadas para llevar a cabo cualquier revisión descentralizada está limitada por la inaccesibilidad de la información y la evidencia que sustenta la decisión de listar a nivel de la ONU. Esta información, que puede ser confidencial, está generalmente sólo a disposición de Estado a la que está destinada, y dichos Estados por lo general no tienen la voluntad de compartirla y publicarla.⁷⁰

A la luz de las imperfecciones sistémicas de la revisión descentralizada, el interés se centra alrededor del establecimiento de procesos adecuados de responsabilidad a nivel de la ONU como un componente mucho más estructural del régimen de sanciones. Las dis-

⁶⁶ Reporte del Relator Especial, A/67/396, *supra* nota 10, párr. 20, 21.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ ERICA DE WET, *supra* nota 11.

⁶⁹ Nada v. Switzerland, *supra* nota 6, Opinión concurrente del Juez Malinverni.

⁷⁰ El *Ombudsperson* ha encontrado problemas similares, pero también ha concluido acuerdos con varios Estados para facilitar el acceso a información clasificada o confidencial. *Vid., v. g.*, Séptimo Reporte del *Ombudsperson* al Consejo de Seguridad, UN Doc. S/2014/73, 31 enero 2014, párr. 11 y 62.

cusiones posteriores a la sentencia de Kadi I sobre las formas más apropiadas y estructuras de dichos procesos, van desde instaurar al *Ombudsperson* como una ‘prueba completa’ de derechos humanos, y transformar esta institución en un Adjudicador Independiente,⁷¹ hasta los argumentos que se refieren a las prerrogativas especiales del Consejo de Seguridad y que enfatizan el contexto único y altamente politizado en el que opera el Consejo.⁷²

III. LA APROXIMACIÓN HEGEMÓNICA DE LA CEJ EN KADI II

La apreciación del *Ombudsperson* y la cuestión relacionada sobre si las cortes nacionales o regionales deben tomar una aproximación crítica, o por el contrario respetuosa frente a esta nueva institución, no fueron cuestiones jurídicas relevantes en los procedimientos de Kadi II. Debido al papel central de la CEJ en la discusión para fortalecer la responsabilidad en las sanciones de la ONU, el *dictum* de la corte se esperó en suspenso. Aún cuando las anteriores sentencias Kadi habían mantenido cierta pasividad sobre la relevancia del artículo 103,⁷³ la opinión del Abogado General Bot pareció mucho más reconciliadora con Nueva York.⁷⁴ El Abogado General confirmó que las medidas que implementaban las decisiones del Consejo

⁷¹ Reporte del Relator Especial, A/67/396, *supra* nota 10, párr. 23.

⁷² Décimo Tercer Reporte del Equipo de Monitoreo de Soporte Analítico e Implementación de Sanciones transmitido de acuerdo a la resolución 1989 (2011) relativo a Al-Qaeda e individuos y entidades asociadas, UN Doc. S/2012/968, 31 diciembre 2012; K. PROST, “Fair process and the Security Council: a case for the office of the *Ombudsperson*”, en N. WHITE *et al.*, (eds.), *Counter-Terrorism; International Law and Practice* (Oxford: Oxford University Press, 2012).

⁷³ N. M. BLOKKER, “Reviewing the Review: Did the European Court of Justice in Kadi Indirectly Review Security Council Resolutions? On the Downside of a Courageous Judgment”, en M. BULTERMAN *et al.*, (eds.), *Views of European Law from the Mountain: Liber Amicorum Piet Jan Slot* (Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International, 2009), 315-326.

⁷⁴ Opinión del Sr. Abogado General Bot, *supra* nota 13.

de Seguridad no podían ser inmunes al escrutinio judicial.⁷⁵ Sin embargo, también subrayó que el papel especial y la responsabilidad principal del Consejo de Seguridad, debían ser tomados en cuenta al delimitar el alcance e intensidad de la revisión.⁷⁶ Toda vez que resultaría inapropiado para las cortes europeas actuar como cortes de apelaciones *de facto* para las decisiones de los Comités de Sanciones de Naciones Unidas, Bot propuso ajustar la intensidad de la revisión de las medidas que se implementaban al contexto internacional que forman parte inherente de dichas medidas.⁷⁷ Al establecer este argumento, Bot se refirió también al marco legal de la UE que establece respeto para la Carta de las Naciones Unidas en el diseño e implementación de la política exterior y de defensa de la UE.⁷⁸ Por estas razones, Bot abogaba por una diferenciación entre las soluciones (*remedies*), y la revisión, rechazando por tanto la aproximación de la Corte General que había trasladado los estándares de revisión desarrollados en el contexto de las sanciones 1373.⁷⁹ El Abogado General observó que, en el contexto de las sanciones de Al Qaeda, las decisiones para incluir a alguien en el listado habían sido implementadas a nivel central y universal, con base en información que no iba a ser compartida con todos los Estados a cargo de la implementación o con las instituciones de la UE.⁸⁰ También se refirió a las dimensiones políticas del proceso de listado y al carácter preventivo de las sanciones. Estas consideraciones no deberían resultar

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 44-52.

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 69-71.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 70.

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 73.

⁷⁹ La diferencia crucial entre el régimen de sanciones 1267 y 1373 de Naciones Unidas, es que la última está basada en un listado descentralizado. Por lo tanto no hay obligación bajo Capítulo VII de listar ciertos individuos, pero la decisión de quien debe ser sujeto de sanciones y cómo identificar a dichos individuos así como otras cuestiones procesales se deja a la discreción de los Estados, o en Europa, a la UE.

⁸⁰ Opinión del Sr. Abogado General Bot, *supra* nota 13, párr. 75.

en una carta blanca para el ejecutivo,⁸¹ pero tomando en consideración las modificaciones procesales que ya se habían suscitado a nivel de la ONU, Bot argumentó que la intensidad de la revisión podía estar cimentada en cierto nivel de confianza y presunción de la legalidad de las decisiones de la ONU. De manera más concreta, el Abogado General propuso distinguir entre revisión externa e interna.⁸² La revisión externa se refería a las razones para incluir a alguien en el listado, mientras que la revisión interna se relacionaba con la evidencia concreta y la información que se sustentaba. Bot sugirió hacer una presunción de que el listado sería corroborado por evidencia suficiente, y en consecuencia las Cortes de la UE sólo tendrían que hacer una revisión marginal y asegurarse de que no se hubiera cometido ninguna violación flagrante a esta presunción. La opinión del Abogado General fue bienvenida a nivel de la ONU como el apoyo esperado desde hacía mucho tiempo a la institución del *Ombudsperson*.⁸³ Sin embargo el acuerdo entre la ONU y la UE tuvo una corta vida, y fue abruptamente reemplazado por una sentencia mucho más rígida de la CEJ.

La CEJ rechazó la distinción propuesta por el Abogado General y estableció que una solución (*remedy*) efectiva requería revisión de la evidencia que sustentara (el listado), así como las razones. La Corte estaba bien advertida de las dificultades prácticas de esta determinación, toda vez que la evidencia en la que se basan los listados de la ONU no está en manos de instituciones de la UE y puede ser confidencial. Sin embargo, de acuerdo con la CEJ, el principio de cooperación armónica no implica una presunción de legalidad de las decisiones de la ONU de incluir en el listado tal y como lo proponía el Abogado General, sino que el Comité de Sanciones de Naciones Unidas, y todos los Estados miembros de la Organización,

⁸¹ *Ibid.*, párr. 86.

⁸² *Ibid.* párr. 92-110.

⁸³ Décimo Tercer Reporte del Equipo de Monitoreo *supra* nota 58.

debían compartir información con instituciones de la UE con el objetivo de mantener una relación armoniosa. La Corte estableció también que era ella quien debía decidir en aquellos casos en que hubiera razones para no hacer pública la información al individuo que se encontrara en el listado, y cómo esto podía afectar el valor probatorio de la evidencia confidencial.⁸⁴ Como un gesto mucho más flexible, la Corte mitigó su posición al solicitar que sólo una de las razones debía estar sustentada con evidencia suficiente, y señaló que esta razón por sí misma pudiera apoyar el listado como tal.⁸⁵ Por tanto no era necesario proveer la información que sostenía todas las razones mencionadas que justificaban el listado, pero por lo menos una de ella. La CEJ justificó esta actitud estricta por referencia a la ausencia de protección judicial efectiva al nivel de la ONU.⁸⁶ En esta valoración indiferente al sistema de la ONU, la CEJ omitió mencionar al *Ombudsperson* como un nuevo mecanismo.⁸⁷ De hecho, su apreciación se basó en un referencia a la CtEDH en la sentencia Nada, que por su parte se refería a una determinación de la Corte Federal Suprema de Suiza. Ahí, la evaluación de la Corte suiza del procedimiento para remoción del listado fue considerado antes de la creación del *Ombudsperson*.⁸⁸ Es incierto por qué la CEJ no reconoció la existencia del *Ombudsperson* como un elemento innovador en el procedimiento de remoción de listado de Naciones Unidas y sus competencias reforzadas después de la Resolución 1989, y por qué no reconoció públicamente que en el momento de emitir sen-

⁸⁴ CEJ, Kadi II Judgement, 18 July 2013, párr. 125-129.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 130.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 133.

⁸⁷ Para una determinación que igualmente desestima pero que toma en cuenta el *Ombudsperson*, Al Dulimi and Montana v. Switzerland, Appl. No. 5809/08, ECtHR (Judgment), 6 noviembre 2013, párr. 119.

⁸⁸ Tal y como lo señaló el *Ombudsperson* en su mensaje en un seminario en el Ministerio de Relaciones Exteriores Holandés, septiembre 2013.

tencia, Kadi había sido efectivamente eliminado del listado a nivel de la ONU a través del procedimiento del *Ombudsperson*.⁸⁹

Además de estas omisiones, la sentencia ha sido criticada por no determinar con claridad el estándar y la naturaleza de la revisión toda vez que se mezcla *de novo* con la clásica revisión judicial retroactiva.⁹⁰ Particularmente, también es destacable el párrafo 115 de la sentencia. En este párrafo, la Corte sugiere que el Comité de Sanciones de la ONU y también los Estados destinatarios que no son miembros de la UE deben, en un espíritu de cooperación efectiva, intercambiar información, incluyendo información confidencial que pueda permitir a las autoridades de la UE establecer la conveniencia del listado. Desde luego no es claro cuál sería el incentivo inmediato para los Estados que no son miembros de la UE compartir o publicar información sensible con actores de la UE, aún más, cuando las cortes de la UE no cuentan con procedimientos propios para el manejo de información de esta naturaleza.⁹¹

⁸⁹ En contraste, en Kadi I, la CEJ sí ofreció valoraciones del, en ese entonces, procedimiento diplomático de re-examinación. Al encontrar este procedimiento insuficiente constituyó una de las razones para su propia intervención, lo cual hubiera sido lógico si la CEJ en Kadi II hubiera re-examinado los cambios procesales hechos a nivel de Naciones Unidas con mayor profundidad. *Vid.*, *v. g.*, Kadi II, párr. 316-326.

⁹⁰ En contraste, el *Ombudsperson* claramente ha establecido que se someterá a revisión *de novo* con base en estándares de razonabilidad y credibilidad. Esto se basa en la naturaleza inherente de las sanciones al no ser penales en naturaleza y un cambio de actitud por tanto debe ser razón suficiente para remover del listado y también de la redacción escogida por el Consejo de Seguridad en las resoluciones relevantes. *Vid.*, *v. g.*, la valoración y los estándares para los análisis, observaciones, argumentos principales y recomendaciones. Agosto, 2011.

⁹¹ Un punto elaborado por el Abogado General Sharpston, opinión en el caso OMPI, Caso No. C-27/09, 14 julio 2011, párr. 171-190 y 222-257. El proceso para reformar el procedimiento en esta materia está actualmente en curso. Borrador de Reglas de Procedimiento de la Corte General tal y como han sido enviadas por el Presidente de la Corte General al Presidente del Consejo, 7795/14, 14 marzo 2014.

La combinación de la demanda continua de altos estándares de revisión, con la solicitud de que la información confidencial debía ser compartida, aunado a la falta de procedimientos propios para asegurar el tratamiento propio de la información confidencial, es destacable. Además, genera la pregunta sobre si otras cortes regionales o domésticas seguirán el ejemplo. Como un efecto colateral inesperado, la aproximación de la CEJ podría ofrecer una excelente excusa para que otros Estados mucho menos entusiastas en la implementación de sanciones, se puedan zafar. Visto de esta perspectiva, la sentencia Kadi II no puede verse en completa alineación con el compromiso de la UE hacia el multilateralismo, tal y como se encuentra previsto en el segundo párrafo del artículo 21(2), segundo párrafo del TUE.⁹²

IV. LAS IMPLICACIONES DE KADI II

En Kadi II, la CEJ siguió la aproximación paradójica de Kadi I.⁹³ Los argumentos relacionados al contexto especial del Consejo de Seguridad de la ONU y las diferencias entre las sanciones implementadas por Naciones Unidas y las sanciones autónomas de la UE, tal y como habían sido señalados por el Consejo de Ministros de la UE y los Estados miembros de la UE, y por el Abogado General Bot, fueron ignorados ampliamente por la Corte. En esencia, la sentencia de Kadi II puede leerse como un intento para exportar los estándares de la UE y las demandas de revisión judicial a Nueva York. Aún cuando pudiere resultar deseable desde una perspectiva estrictamente interna de derechos fundamentales de la UE, esta

⁹² El Tratado de Líbano señala la obligación de la UE con el multilateralismo en el Artículo 21 al establecer, *inter alia*, que la ‘Unión debe promover soluciones multilaterales a problemas comunes, en particular dentro del marco de las Naciones Unidas’.

⁹³ La calificación de ‘aproximación restringida’ se estableció en G. DE BURCA, “The European Court of Justice and the International Legal Order”, en *51 Harvard International Law Journal*, 1-49 (2010), p. 4.

aproximación tiene tres implicaciones negativas en la búsqueda de lograr mayor responsabilidad y un régimen de sanciones basado en reglas a nivel de la ONU. Dichas implicaciones se refieren específicamente a: (i) el intento para expandir el mandato del *Ombudsperson* hacia otros regímenes de sanciones, (ii) la posibilidad de diferenciar en la forma, ámbito e intensidad la revisión del régimen de sanciones, y (iii) la tendencia hacia la inclusión y la formulación de criterios mucho más precisos para el listado en el diseño del régimen de sanciones.

1. EL MANDATO DEL *OMBUDSPERSON*

El mandato del *Ombudsperson*, tal y como se indicó, está actualmente limitado al régimen de Al-Qaeda. Su predecesor, el Punto Focal, que en un principio fue establecido para ofrecer a los individuos que estaban listados al acceso del sistema del Consejo de Seguridad, estuvo unido a todo el régimen de sanciones de la ONU. Sin embargo, el Punto Focal opera únicamente como un Apartado Postal en donde se pueden enviar las solicitudes para remoción del listado, exceptuando al régimen de Al-Qaeda, y también para recibir y transmitir solicitudes sobre excepciones humanitarias. El *Ombudsperson* tal y como fue creado para el régimen 1267/1989 Al Qaeda en respuesta directa a Kadi I, fue considerado demasiado intrusivo como para formar parte de todo el régimen de sanciones de la ONU. En particular dicho mecanismo fue considerado inapropiado y no deseable para los regímenes altamente políticos de proliferación nuclear de Irán y Corea del Norte.

Con el paso del tiempo, se han realizado propuestas para expandir el mandato del *Ombudsperson* hacia otros regímenes de sanciones. Lo cual sería particularmente apropiado para aquellos en donde los individuales listados no tienen relación directa o afiliación con el Estado, como en los regímenes de los conflictos civiles en Liberia o Somalia/Eritrea. Además, dicha expansión podría prevenir

situaciones en las cuales un individuo que fue removido de la lista tras propuesta del *Ombudsperson* en el marco del régimen 1267, fuera posteriormente listado en otro régimen sin acceso al *Ombudsperson*.⁹⁴ Con el objetivo de asegurar una mejor base institucional de la Oficina del *Ombudsperson* a lo largo del régimen de sanciones de la ONU, varios Estados con una opinión similar sobre el régimen de sanciones (*like-minded States*) propusieron una expansión a propósito de la renovación del mandato del *Ombudsperson* en 2013.⁹⁵ Ellos argumentaban que esto fortalecería los mecanismos de responsabilidad y las soluciones (*remedies*) en los otros regímenes. La propuesta no fue bien acogida, toda vez que fue prematura, y en particular los miembros permanentes del Consejo de Seguridad no estaban preparados para considerar cualquier expansión e institucionalización del *Ombudsperson*. La sentencia de la CEJ en Kadi II y su omisión sobre el *Ombudsperson*, no incentivó a los miembros del Consejo de Seguridad para que revisaran su posición al respecto. La CEJ había separado efectivamente la discusión sobre la responsabilidad, tal y como existe en la UE en cuanto a las sanciones autónomas e implementadas de la ONU, de una discusión mucho más amplia al nivel de la ONU.

2. LA DIFERENCIA ENTRE LA REVISIÓN Y LAS SOLUCIONES (REMEDIES)

Las sanciones de la ONU generalmente utilizan los mismos medios -sanciones financieras y restricciones de viaje- pero son aplicadas en situaciones fundamentales diferentes, con diferentes propósitos, y con base a diferentes criterios y procedimientos. De forma similar

⁹⁴ Reporte Watson 2012, *supra* nota 2, párr. 19.

⁹⁵ Los Estados con similar opinión sobre las sanciones focalizadas son: Austria, Bélgica, Costa Rica, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Liechtenstein, Países Bajos, Noruega, Suecia, y Suiza. La carta enviada tiene fecha del 7 de noviembre de 2012, UN Doc. S/2012/805.

en el contexto de la UE, existe una amplia variedad de regímenes de sanciones. Por lo tanto puede haber razones para reflexionar también en las revisiones y las soluciones (*remedies*), en particular a nivel de la UE en donde existe revisión judicial para todos los regímenes de sanciones. No obstante, la Corte General ha transportado los estándares por su ámbito e intensidad de la revisión desde el contexto descentralizado de sanciones del terrorismo 1373, directamente al régimen de sanciones de Al Qaeda, favoreciendo en consecuencia cierta armonización a la revisión de todos los regímenes de sanciones por igual.⁹⁶ Al contrario, el Abogado General Bot argumentó a favor de la diferenciación dependiendo de la fuente de la obligación a listar, aún en casos de dos regímenes de sanciones que estuvieran relacionados con la lucha contra el terrorismo.⁹⁷ De acuerdo a Bot, la diferencia en el procedimiento y el contexto del listado, justificaba la diferenciación en la revisión. Tal y como se indicó, la CEJ no adoptó las propuestas de Bot y explícitamente se refirió a los estándares 1373.⁹⁸ Esta postura corresponde a una tendencia judicial mucho más amplia de la UE hacia la armonización de la revisión de las sanciones. En uno de los casos relacionados a las sanciones autónomas en el contexto de Irán, la Corte General rechazó la solicitud del Consejo de Ministros por una revisión mucho menos intensa, comparada con las sanciones de terrorismo, a la luz de los propósitos de las sanciones de Irán para terminar ciertas políticas gubernamentales en vez del combate al terrorismo.⁹⁹ Es cuestionable si esta es la mejor aproximación, o si cierta apertura a la diferenciación podría otorgar mayor equidad a las diferencias inherentes que existen entre los regímenes de sanciones, pero tal vez

⁹⁶ General Court, Kadi II, 30 September 2010, Case No. T-85/09, párr. 138.

⁹⁷ Opinión del Sr. Abogado General Bot, *supra* nota 13, párr. 64.

⁹⁸ ECJ, Kadi II Judgement, 18 July 2013, párr. 14-15.

⁹⁹ General Court, Iran Transfo v. Council, Case No. C-392-11, 13 May 2013, párr. 25-26, 36.

esta es una pregunta prematura para la discusión de la responsabilidad a nivel de la ONU.

3. EL DISEÑO DE LAS SANCIONES Y LOS CRITERIOS PARA INCLUIR EN EL LISTADO

En años recientes se ha llevado a cabo cierta formalización del régimen de sanciones. De manera creciente el Consejo de Seguridad incluye referencias a normas legales y estándares como criterios para el listado, en vez de referencias vagas como la interrupción de los procesos de paz. Esta formalización en el diseño global de los regímenes de sanciones facilita un análisis retroactivo sobre si el listado ha sido justificado y qué clase de información y evidencia sostiene la decisión de listar. Los altos estándares de revisión judicial que la CEJ ha desarrollado e impuesto en Kadi, pueden tener consecuencias sin intención y paradójicas que reviertan esta tendencia. Después de todo, en los regímenes de sanciones que operan con base en criterios más políticos y abstractos, la decisión de listar es menos justiciable. Esto efectivamente significaría un cambio de sanciones menos focalizadas a sanciones más directas.¹⁰⁰ En los regímenes autónomos de sanciones de la UE en contra de Irán, esta tendencia ya se había implementado. Desde una perspectiva legal y de responsabilidad, la tendencia para alejarse de criterios basados en reglas y menos razonados, sin duda debe considerarse como una regresión.

Alejarse de los diseños de sanciones basados en reglas no sería por sí mismo sujeto a revisión judicial. Generalmente, el diseño de los regímenes de sanciones se considera un asunto político. En este sentido, los Estados con una postura similar han enfatizado repetidamente que el papel del *Ombudsperson* no debe extenderse a evaluar el régimen como tal, sino opinar en los criterios que deben

¹⁰⁰ Un punto señalado también por A. Tzanakopoulos, *Kadi Showdown: Substantive Review of (UN) Sanctions by the ECJ*, EJIL: Talk!, 19 July 2013.

ser empleados para incluir individuos en los listados.¹⁰¹ El papel del *Ombudsperson* se debe centrar en revisar si ciertos individuos han sido listados de manera legal, es decir, si el listado fue hecho de conformidad con criterios pre-establecidos, y con evidencia suficiente. Cualquier escrutinio más allá podría invadir un espacio político y discrecional, que pertenece a entidades políticas que emplean las sanciones como una herramienta política en estrategias diplomáticas y gubernamentales mucho más amplias. Un acuerdo similar existe a nivel de la UE. Tal y como se indicó, en una ocasión, la Corte General explícitamente recomendó al Consejo utilizar criterios de listado mucho más amplios con el objetivo de escapar a la interferencia judicial negativa.¹⁰² Una solicitud reciente del Banco Central de Irán pudiera evaluar los límites de la discrecionalidad política. En su solicitud a las Cortes Europeas, el Banco cuestionó la legalidad de la decisión del Consejo de imponer sanciones a los bancos con base en el argumento de que los bancos apoyan al gobierno, en particular argumentó que la imposición de las sanciones al Banco Central del Estado eran desproporcionales.¹⁰³ Está aún por verse cuando y de qué manera las cortes de la UE van a resolver estas cuestiones que tienen una orientación mucho más política. Es poco probable que sean sujetas a la misma intensidad de revisión debido a la necesidad de respetar la prerrogativa del Consejo para determinar la política exterior.

¹⁰¹ Pronunciamiento hecho por S.U. Embajador Weenaweser a nombre del Grupo de Estados con Opinión Similar sobre las Sanciones, 10 mayo 2013.

¹⁰² *Vid., v. g.*, General Court, Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Council, Case No. T-489/10, 16 September 2013, párr. 64.

¹⁰³ M. LESTER y F. HOBSON, Targeted sanctions and sanctions targeted: “Iranian banks in the European courts”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2013, pp. 278-280.

V. ALGUNAS REFLEXIONES POSTERIORES

Kadi II impone un alto estándar de revisión judicial para determinar la pertinencia de un listado establecido por Naciones Unidas. En su sentencia, la Corte Europea de Justicia ha dejado fuera e ignorado al *Ombudsperson*, y en general ha determinado que el sistema de revisión de la ONU es insuficiente. Los argumentos del Abogado General Bot a favor de una revisión diferenciada de sanciones, tomando en cuenta el contexto de Naciones Unidas y las mejoras realizadas, fueron rechazados. Desde una perspectiva a micro escala del estado de derecho, esta postura firme puede ser bienvenida como una señal clara hacia Nueva York de que los estándares fundamentales y los procedimientos propios para el régimen de sanciones deben ser considerados y respetados. Sin embargo, este artículo ha sugerido que la aproximación principal de la CEJ puede interferir con estrategias mucho más amplias tendientes a establecer mayor responsabilidad y regímenes de sanciones basados en reglas. La CEJ efectivamente reduce la efectividad del *Ombudsperson* y no alienta a los Estados a llevar a cabo, o pugnar para llevar a cabo, una mayor institucionalización y consolidación de este mecanismo en términos de la expansión de su mandato y la posibilidad de estar ligado a otros regímenes. Como resultado, la institución del *Ombudsperson* está en peligro de desaparecer una vez concluido el régimen 1267/1989 de Al Qaeda, si esto llegara a suceder,¹⁰⁴ y no se convertiría en un componente regular del marco institucional que gobierne los regímenes de sanciones. Desde esta perspectiva, la falta de apreciación del *Ombudsperson* es una

¹⁰⁴ Se considera muy poco probable que el Consejo de Seguridad de por terminado el régimen en un futuro cercano, ya que se ha convertido en una herramienta mágica en la lucha contra el terrorismo, con el potencial de ser aplicado a nivel general y universal. Debido a la fluidez de Al-Qaeda como organización, las sanciones 1267/1989 pueden ser impuestas efectivamente a cualquier individuo que pertenezca a cualquier grupo dondequiera que se encuentre en el mundo, tal y como lo demostró el reciente listado de Boko Haram, UN Doc. SC/11410, 22 May 2014.

oportunidad perdida para impulsar reformas futuras y fortalecer los procesos de responsabilidad a lo largo de los regímenes de sanciones a nivel de la ONU. De hecho, la aproximación rígida de Kadi II podría conducir a regímenes de sanciones con una menor base legal, y el uso de criterios mucho más vagos y con tintes políticos, para evadir el escrutinio judicial a nivel de la UE. Después de Kadi II, la motivación para llevar a cabo reflexiones futuras sobre las reformas procesales y mayor responsabilidad para las sanciones de la ONU no estará basada ni guiada por los desarrollos judiciales de la UE, toda vez que los estándares establecidos son simplemente muy altos para cumplirse en este momento. Podría decirse que el avance más importante hecho hasta ahora no es la transformación del *Ombudsperson* en una entidad judicial, sino asegurar que el mandato de esta institución pueda consolidarse en el futuro, y extenderse gradualmente hacia otros regímenes, y poner fin así a la situación arbitraria de que algunos individuos listados tengan acceso y otros no, por la simple razón de que se encuentran listados en un régimen ‘erróneo’ de sanciones.

En definitiva, la falta de procedimientos propios centralizados en la forma del *Ombudsperson*, o de cualquier otra forma, podrían resultar en intentos por establecer responsabilidad mucho más difusos, que pudieran evaluar la solidez de los procesos de decisión multilateral. De manera irónica, estas dinámicas ocurren tanto a nivel de la ONU como en el marco de la UE. Dentro del contexto de la UE, los solicitantes de manera creciente se están alejando de las cortes de la UE, así como la CEJ se desvió del *Ombudsperson*. El litigio de Banco Melli en las cortes del Reino Unido por daños es un ejemplo de ello. Los individuos se dirigen a las cortes domésticas para solicitar directamente una liberación temporal de las sanciones de la UE. Otras solicitudes ante las cortes domésticas, y en particular ante las cortes del Reino Unido, se refieren a la revisión de la legalidad de la propuesta del Estado destinatario para listar, o la revisión de la negativa del Estado para la remoción del listado. De manera adicional, los individuos que han sido removidos del listado han

iniciado procedimientos para solicitar reparaciones en contra de los Estados que han propuesto su listado.¹⁰⁵ De forma global, esta figura de litigio fragmentado con base en una amplia variedad de solicitudes y en diferentes niveles, genera preguntas fundamentales sobre si la aproximación constitucionalista o pluralista ofrece una mejor perspectiva de responsabilidad. Sin embargo, dichas preguntas tienden a enfocarse en la revisión *ex post facto* como la primera manifestación de responsabilidad. Dicha atención uni-dimensional puede dejar fuera otra faceta importante sobre la responsabilidad. Aspectos muy concretos y prácticos del procedimiento de sanciones que requieren mejora se refieren a la necesidad de introducir cláusulas *sunset*,¹⁰⁶ la necesidad de publicar el Estado destinatario,¹⁰⁷ y la necesidad de asistir a los individuos que resultan perjudicados accidentalmente, lo cual parece requerir una individualización del artículo 50 de la Carta de las Naciones Unidas.¹⁰⁸

A manera de conclusión, es importante hacer mención explícita de un tema, debido a la falta de investigación y atención que ha generado. Esto se refiere al llamado efecto expansivo de los listados. No es del conocimiento público que las listas de sanciones de Naciones Unidas tienen efecto en muchas vidas. De manera oficial, estas listas constituyen la base para la imposición de sanciones en la forma de congelamiento de cuentas y restricciones de viaje. Sin em-

¹⁰⁵ Para un análisis, *vid.* MAYA LESTER y BRIAN KENNELLY, *Judicial Review of Sanctions Decisions: "The Wrong Point in the Wrong Court with the Wrong Defendant"?*, *Judicial Review* 2013, pp. 206-210.

¹⁰⁶ *Vid., v. g.*, K. Boon, *Terminating Security Council Sanctions*, IPI Policy Paper, 12 April 2014. 'Cláusulas sunset' es el término empleado en derecho contractual anglosajón que se refiere a las cláusulas que estipulan la fecha o condiciones en las que un contrato terminará.

¹⁰⁷ *Vid., v. g.*, Resolución 2083 (2012), para. 12 y el Séptimo Reporte del *Ombudsperson* al Consejo de Seguridad, UN Doc. S/2014/73, 31 enero 2014, párr. 53-54.

¹⁰⁸ Argumentos presentados por los Estados con posición similar, UN Doc. S/2012/805, 7 noviembre 2012.

bargo, de manera informal, las listas se copian de muchos actores de la sociedad, como bancos, compañías aéreas, así como autoridades migratorias y muchos otros. Por tanto las listas tienen implicaciones efectivas que van más allá de las sanciones formales. De manera mucho más problemática, las decisiones para remover del listado no son inmediatamente incorporadas en las otras listas que surgen del listado original, y que existen fuera de los regímenes de sanciones. Por tanto se ha sugerido que una decisión de listar es una sentencia de vida en el sentido de que sus efectos prácticos perdurarán más allá del listado formal actual.¹⁰⁹ Y desde luego no existen mecanismos para remover del listado, o existirán jamás para esas listas informales. Los individuos que han sido removidos de los listados nunca podrán obtener una tarjeta de crédito o una hipoteca, y por lo tanto están impedidos para llevar a cabo una vida normal a pesar de haber sido removidos de los listados. Así, desde una perspectiva pragmática, es posible argumentar a favor de una mayor atención a los procesos de listado y evitar listas erróneas. La calidad de los procesos, los criterios para el listado y los procesos en la toma de decisión del listado, es vital y merece mucha atención. Este artículo ha presentado el argumento de que el litigio descentralizado tiene límites en términos de inspirar cambios en un sistema jurídico diferente, y que específicamente la sentencia de Kadi II puede tener repercusiones negativas. De manera general, es importante que tras la sentencia Kadi, cambie la discusión en los procesos de responsabilidad en el contexto de regímenes de sanciones multilaterales, hacia un mayor énfasis en los procedimientos de listado y no sólo en las oportunidades para la remoción del listado, aún cuando esto no corresponda a la inclinación natural de los abogados a enfocarse a las procedimientos ante las cortes y los mecanismos de revisión.

¹⁰⁹ Observación realizada por Gavin Sullivan, Solicitor y abogado del Centro Europeo por los Derechos Constitucionales y Humanos. Ámsterdam, 24 febrero 2014. Sullivan ha representado individuos en procesos con el *Ombudsperson*.

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 diples (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 terminará 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
	<i>Abstract</i>
	<i>Key words</i>
Cuerpo de la obra	I. Partes con números romanos
	1. Secciones en números arábigos
	a) Incisos
	<i>Entradas en cursivas</i>
	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 entrecomillado (“ ”), 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 2 (ENERO - JUNIO, 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 30 de abril 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 anterior) 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 31 de mayo de 2015.

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 2015.

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 enero 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 500 ejemplares.

