

ANUARIO HISPANO-LUSO-AMERICANO
DE DERECHO INTERNACIONAL
(AHLADI)

DIRECTORA

Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN
Asociada del IHLADI

SECRETARIO

Rubén CARNERERO CASTILLA
Miembro del IHLADI

COMITÉ CIENTÍFICO

Jean Michel ARRIGHI (Miembro, Uruguay)
Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE (Miembro, Brasil)
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS (Miembro, España)
Hugo LLANOS MANSILLA (Miembro, Chile)
Alfredo MARTÍNEZ MORENO (Miembro de Honor, El Salvador)
Ricardo MÉNDEZ SILVA (Miembro, México)
Rui Manuel MOURA RAMOS (Miembro, Portugal)
Rafael NIETO NAVIA (Miembro, Colombia)
Fabián NOVAK TALAVERA (Miembro, Perú)
Santiago TORRES BERNÁRDEZ (Miembro, España)
Raúl Emilio VINUESA (Miembro, Argentina)

CONSEJO EDITORIAL

Santiago ÁLVAREZ (Universidad de Santiago de Compostela, España)
Bertrand ANCEL (Université Paris II, Assas, Francia)
Zlata DRNAS DE CLÉMENT (Miembro, Universidad Nacional de
Córdoba, Argentina)
Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (Universidad
Rey Juan Carlos de Madrid, España)
Alejandro M. GARRO (Columbia Law School, EEUU)
Marcelo G. KOHEN (Institut des Hautes Etudes Internationales de
Ginebra, Suiza)
Stephan LEIBLE (Universidad de Bayreuth, Alemania)
Loretta ORTIZ-AHLF (Asociado, Universidad Iberoamericana, México)

Santiago RIPOL (Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España)
Sixto SÁNCHEZ LORENZO (Miembro, Universidad de Granada,
España
Tito BALLARINO (Universidad de Padua, Italia)

REDACTORES

Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ (UCM, España)
Luis A. GARCÍA-CORROCHANO (Miembro, Perú)
Estefanía MARTINOLI (Asociada, Argentina)

CONTACTO

DIRECCIÓN POSTAL

Real Centro Universitario "Escorial-M^a Cristina"
28200 San Lorenzo de El Escorial (Madrid, España)

TELÉFONO

(+34) 91 890 45 45

CORREO ELECTRÓNICO

ihladi@rcumariacristina.com

ANUARIO

HISPANO-LUSO-AMERICANO

DE

DERECHO INTERNACIONAL

(AHLADI)

VOL. 22 (2015-2016)



Publicación bienal

Editado por
Instituto-Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional
www.ihladi.org

Madrid - 2015

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeran, plagiaran, distribuyeran o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

@ Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional
<http://www.ihladi.org>

Depósito Legal: Z- 451-1962

ISSN: 0570-4316

Imprime: Editor, S.A. - Hilarión Eslava, 58 - 28015-Madrid - www.editor-sa.com

Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

El Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional es una publicación bienal del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional que ofrece estudios doctrinales en lengua española y portuguesa sobre temas de Derecho internacional público y Derecho internacional privado.

El Anuario está abierto tanto a los miembros y asociados del Instituto como a cualquier especialista en Derecho internacional que tenga interés en divulgar sus trabajos científicos originales.

Ni el Anuario ni el IHLADI se identifican necesariamente con las opiniones o juicios que los autores de las ponencias, comunicaciones y demás trabajos exponen en el ejercicio de su libertad intelectual.

ÍNDICE

	Págs.
PRESENTACIÓN	11
PONENCIAS DEL XXVIII CONGRESO	13
<i>Comentarios a ciertas cuestiones de procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia</i> , por Carlos J. Argüello Gómez	15
<i>El Estado frente a su jurisdicción territorial</i> , por María Teresa Infante Caffi	61
<i>Las cláusulas de elección de ley en los contratos internacionales</i> , por Eduardo Picand Albónico	95
<i>La protección de los bienes culturales en casos de conflicto armado</i> , por Ana Elizabeth Villalta Vizcarra	157
COMUNICACIONES	173
<i>Una nueva década de consultas del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados en América Latina y el Caribe (De México 2004 a Brasilia 2014)</i> , por Antonio Augusto Cançado Trindade	175
<i>La Real Universidad de la Inmaculada Concepción de León de Nicaragua en el bicentenario de su fundación (1815-2015)</i> , por Prometeo Cerezo de Diego	199
<i>Apuntes sobre la teoría de los presupuestos procesales y la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso referido a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)</i> , por Hortensia D.T. Gutiérrez Pose	223
<i>El principio de relatividad de la posesión efectiva del territorio a la luz de la reciente jurisprudencia internacional</i> , por Ana Gemma López Martín	235
<i>La autonomía del derecho diplomático</i> , por Oscar B. Llanes Torres ..	251
<i>El Estado frente a su territorio</i> , por Graciela R. Salas	259

	Págs.
ARTÍCULOS	273
<i>O ativismo regional do Brasil em matérias de direitos humanos a partir dos anos 90 e os direitos humanos no protocolo de Assunção</i> , por Gabriella Coelho Santos y Nathalia Moreira Soares	275
<i>El Congreso de Panamá (1826) y los orígenes del Derecho internacional en Latinoamérica</i> , por Elen de Paula Bueno y Victor Arruda Pereira de Oliveira	287
<i>El aporte del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas a la definición de la equidad del proceso como principio estructural del ordenamiento internacional</i> , por Antonietta Elia	319
<i>Derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas, la experiencia constitucional en el caso de México y Chile</i> , por Sergio Alejandro Rea Granados	355
<i>Análise jurídico-legal da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar face à soberania e jurisdição brasileira</i> , por Andrei Rossi Mango y Ana Cecília Alcântara Vera	387
<i>Diálogos en derechos humanos de la Unión Europea, ¿una oportunidad para latinoamérica?</i> , por Asier Santillán Luzuriaga	409
<i>El progreso del Derecho internacional privado paraguayo: anotaciones y digresiones a propósito de la ley número 5393/2015 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales</i> , por José Antonio Tomás Ortiz de la Torre	441
<i>La autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado argentino</i> , por Amalia Uriondo de Martinoli	467
RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	489
NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS	513
NOTICIARIO DEL IHLADI	521
Discursos del XXVIII Congreso	523
Cuestiones organizativas del XXVIII Congreso	535
Conclusiones del XXVIII Congreso	543
NORMAS DE PUBLICACIÓN	551

PRESENTACIÓN

Una de las Resoluciones más importantes, adoptada en el III Congreso del IHLADI, celebrado en Quito en 1957, fue la de editar un Anuario del Instituto en el que se reflejara la producción doctrinal *iusinternacionalista* hispano-luso-americana-filipina que permitiera desarrollar la solidaridad entre los juristas iberoamericanos y difundir las doctrinas que contribuyen al mantenimiento de la paz y de la justicia entre los pueblos.

Si bien la periodicidad del Anuario prevista por los fundadores del Instituto era la de publicar un volumen justamente al año siguiente a celebrarse cada Congreso, en las primeras décadas ello no fue posible por “dificultades insuperables”, principalmente económicas.

Fue después del Congreso celebrado en Santo Domingo en 1989, cuando se regulariza su publicación bienal, después de cada Congreso, aunque ello no se ajuste ciertamente con el título de Anuario.

El presente volumen, el XXII de la colección, recoge las ponencias debatidas en el XXVIII Congreso, celebrado en Managua-León, en noviembre de 2014, así como las comunicaciones presentadas en él y otras colaboraciones enviadas a la Secretaría General, que constituyen una aportación valiosa a la mejor organización jurídica de la comunidad internacional.

Desde aquí queremos expresar nuestro agradecimiento más sincero a todos los que con sus colaboraciones científicas han contribuido a la publicación de este volumen del Anuario.

Prometeo CEREZO DE DIEGO
Secretario General del IHLADI

San Lorenzo de El Escorial, a 28 de julio de 2015
 Fiesta nacional del Perú

**PONENCIAS
DEL XXVIII CONGRESO**

COMENTARIOS A CIERTAS CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Carlos J. ARGÜELLO GÓMEZ (Nicaragua)*
Presidente del IHLADI

RESUMEN: El presente artículo expone algunos aspectos procedimentales ante la Corte Internacional de Justicia los cuales tienen como común denominador la afectación a uno de los principios fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas y reconocido principio procesal: la igualdad soberana de los estados o en términos procesales igualdad de las partes. Esencialmente se analizan tres casos ventilados ante la Corte Internacional de Justicia en los cuales Nicaragua ha estado involucrada y se hacen algunas consideraciones sobre inequidades producidas por el sistema actual de alegatos orales.

En el caso de la Disputa Marítima y Territorial contra Colombia se expone la desventaja a la que Nicaragua fue sometida en distintas ocasiones al no permitírsele verificar la existencia y características de una pequeña roca de un metro de dimensión que fue utilizada como base para adjudicar a Colombia cerca de tres mil kilómetros cuadrados de espacios marítimos.

En segundo lugar se analiza el asunto de la Intervención de Nicaragua en el caso entre Honduras y El Salvador en relación al Golfo de Fonseca, en el que se reflexiona sobre la inherente desventaja creada para un tercer estado interviniente cuando la causa es juzgada por una Sala Especial - en cuya composición no tuvo influencia alguna- y no por la Corte en pleno.

El tercer caso, que ha sido objeto de abundante literatura en varios aspectos, es el de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, en el cual se hace un balance sobre el manejo que diera la Corte a la decisión de los Estados Unidos de no continuar compareciendo después de dictada la sentencia de jurisdicción, y se explican las implicaciones de ese manejo para el estado parte compareciente.

Finalmente, se hace un comentario general sobre la pertinencia del actual formato y duración de la fase de los alegatos orales, el cual no parece ser indispensable para que la Corte emita sentencia ya que dicha fase aporta poco material útil, la mayoría de la cual ya ha sido extensamente abordada en la fase escrita. En especial se reflexiona sobre los alcances de dicho formato para la igualdad de las partes, en particular para los países con menos recursos económicos -debido a

* Embajador de Nicaragua ante el Reino de los Países Bajos y Agente ante la Corte Internacional de Justicia en todos los casos en que Nicaragua ha sido parte desde 1984.

los altos costos que enfrentan los estados- y para países que no son parte de la esfera anglófona o francófona.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha venido hablando mucho de reformar la Carta de las Naciones Unidas¹ y se ha discutido que esas reformas también deben abarcar el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia el cual, conforme al Artículo 92 de la Carta, es parte integrante de la misma.²

En principio es innegable que todo ordenamiento, todo documento jurídico puede mejorarse con un mayor estudio fundamentado en la experiencia de su aplicación concreta. Pero también es cierto que a veces la búsqueda de la perfección resulta enemiga de lo bueno existente. Y digo esto, porque cualquier reforma al Estatuto no será decidida en última instancia por los grandes sabios del derecho internacional sino por los políticos.³

A mi criterio, algunas de las razones que se esgrimen para la reforma del Estatuto no son realmente indispensables y son mayores los riesgos de abrir esa caja de Pandora que los beneficios de dejar las cosas como están.

Se habla, por ejemplo, de que el Estatuto reformado prohibiría la reelección de los jueces a la Corte. Pero este es un asunto que depende enteramente de la voluntad de los Estados que votan para la reelección de algunos miembros. Si el sentir general favorece esta prohibición bastaría con no reelegirlos e, incluso si se quiere ir más allá, que la Asamblea General tome una resolución en el sentido de la no reelección.

1. Resolución de la Asamblea General A/RES/60/1 del 16 de septiembre de 2005 conteniendo el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, párr. 146 en adelante.

2. Para un historial sucinto de las diversas propuestas de reformas al Estatuto ver el comentario de Wolfram Karl al artículo 69 en Zimmerman, Tomuschat y Oellers-Frahm, Editores, *The Statute of the International Court of Justice* (Oxford University Press, 2006, p. 1469, en particular los párrafos 42 a 54. De interés en una Conferencia del IHLADI es recordar que la primera propuesta de enmienda fue puesta en la agenda de la 11ava sesión (1956/1957) de la Asamblea General a iniciativa de los Estados Latinoamericanos y España, y consistía en aumentar el número de asientos en varios Órganos de la ONU, incluyendo a la Corte. Ya se vislumbraba que de cuatro miembros que América Latina originalmente tenía en la Corte, pasaría a solo dos. Y hoy por hoy es posible que para los días de la Conferencia del IHLADI no tengamos un solo miembro de habla hispana en la Corte.

3. Conforme al artículo 70 del Estatuto la Corte está facultada para proponer reformas al Estatuto. Es interesante notar que la única reforma propuesta por la Corte, y quizá la más curiosa de todas las que se han propuesto, fue en 1969 en la que propuso una enmienda del artículo 22 que permitiera a la Corte el cambio de su sede.

Se discute si los jueces deban de poder servir de árbitros. Esto no requiere reformas al Estatuto solo una recta interpretación de su artículo 16 que dice que "Ningún miembro de la Corte podrá ejercer función política o administrativa alguna, ni dedicarse a ninguna otra ocupación de carácter profesional." Y agrega que "En caso de duda, la Corte decidirá."

Es curioso pensar que el servir de árbitro no sea una "ocupación de carácter profesional" y, además, de las mejores remuneradas para los abogados que se ocupan de ello. Para poner fin a esto la Corte misma tiene todo el poder decisorio.⁴

Pero en fin, esta ponencia no es sobre reformas al Estatuto sino sobre algo menos ambicioso pero quizá más práctico como es que la propia Corte continúe revisando y meditando cuidadosamente sobre su propio procedimiento a fin de garantizar su apego al Estatuto y a los principios contenidos en la Carta de la ONU de la cual este forma parte integrante tal y como lo indica el artículo 92 de la propia Carta.

Es presente no es un estudio general sobre el procedimiento dispuesto en el Reglamento, elaborado y aplicado por la Corte, sino solo de ciertas situaciones en las que el autor tuvo parte activa y tiene puntos de vistas diferentes sobre la forma en que se debió haber desarrollado el proceso. En particular, este trabajo toma como punto de partida algunas situaciones en las que según el autor se ha visto afectado el principio fundamental de la Carta de la ONU (y por ende, de la Corte), cual es el de la igualdad soberana de los Estados expresada en el inciso 1 del artículo 2 de la Carta.

Este principio de la igualdad es también un principio fundamental de todo proceso judicial. Couture, por ejemplo, incluye el principio de igualdad entre los "mandamientos procesales" y señala que para Chiovenda estos mandamientos eran únicamente dos: el principio de igualdad y el principio de economía.⁵

La presente ponencia analizará tres casos ventilados ante la Corte Internacional de Justicia en los cuales, en opinión del autor que ha sido agente en esos casos, se ha visto afectado el principio de la igualdad. También se

4. El Instituto de Derecho Internacional sesionando en Rodas en 2011 estudiando el tema de "La Situación del Juez Internacional" sugirió que la reelección no era recomendable (Artículo 2, inciso 1) pero solo alcanzó a decir que no era "deseable" que los jueces en las Cortes con mucho trabajo se dedicaran al arbitraje (artículo 3 inciso 4), *Annuaire de l'Institut de droit International*, Séssion de Rhodes, Vol.74, p. 125.

5. E. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Ed., Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958, p. 182.

analizará el sistema actual del procedimiento oral que también redundará en la desigualdad de algunas partes procesales.

Los asuntos que abordaremos son los siguientes:

1. *Nicaragua contra Colombia*

La situación concreta que analizaremos es que Nicaragua no tuvo igualdad de oportunidades para verificar la existencia de una pequeña roca de un metro de dimensión y sobre la cual se le adjudicó a Colombia cerca de tres mil kilómetros cuadrados de espacios marítimos.

2. *El Salvador/Honduras: con intervención de Nicaragua*

Este caso se ventilaba ante una Sala Especial organizada por la dos Partes en litigio. Nicaragua pidió intervenir ante la Corte en pleno pero fue enviada a esa Sala Especial en la que no había tenido ni voz ni voto en su integración. Esta Sala decidió sobre la intervención y sobre los alcances de las obligaciones creadas a Nicaragua.

3. *Nicaragua contra Estados Unidos*

Estados Unidos se retiró del proceso una vez que la Corte determinó que tenía jurisdicción para conocer del caso. Las consideraciones giran en torno a la manera especial en que fueron aceptadas "pruebas" circuladas por EEUU.

4. *Fase Oral del proceso*

Finalmente, hacemos un análisis del sistema de procedimiento oral que actualmente se sigue en la Corte. Nuestra conclusión es que aporta muy poco y crea desigualdades entre las partes. Desigualdades debido al alto costo de estas audiencias públicas y al hecho de que hay que expresarse bien oralmente en uno de los dos idiomas de la Corte.

I. CASO DE LA DISPUTA TERRITORIAL Y MARÍTIMA (NICARAGUA CONTRA COLOMBIA)

La disputa entre las partes era de *larga data*. Los detalles históricos pueden verse en la Memoria presentada por Nicaragua el 28 de Abril de 2003 y que fue hecha pública por la Corte en su página web desde la fecha de las audiencias orales celebradas en Junio de 2007 para resolver las excepciones preliminares planteadas por Colombia.

En pocas palabras el asunto se origina en la disputa por la soberanía de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina ubicadas aproximadamente a 100 millas de la costa caribeña de Nicaragua y sobre unos pequeños cayos en las inmediaciones. A fin de los años 20 del siglo pasado, EEUU tenía

totalmente ocupada militar, política y económicamente a Nicaragua. Sin entrar a los intereses que movieron a EEUU, éste negoció a cuenta de Nicaragua con Colombia un tratado por medio del cual Nicaragua reconocía la soberanía de Colombia sobre esas islas pero dejando por fuera de este reconocimiento expreso, a los pequeños cayos. Este Tratado fue firmado en 1928 y fue prontamente ratificado por Colombia. Con el temor de que dentro de ese "Archipiélago" Colombia pudiera pretender soberanía sobre todas las islas e islote ubicados frente a su costa caribeña, Nicaragua ratificó el Tratado en 1930 agregándole un entendido que era que el Archipiélago de San Andrés no se extendía al Oeste del meridiano 82.

De 1930 hasta finales de los años 60 no hubo novedades ni disputas sobre este asunto. En 1967 Nicaragua otorgó una concesión de exploración de petróleo que se ubicaba un poco al este del meridiano 82. Colombia protestó en 1969 diciendo que el meridiano 82 era un límite marítimo conforme al Tratado de 1928 y la nota puesta por el Senado de Nicaragua al ratificarlo. Nicaragua contestó de inmediato afirmando que el meridiano 82 no era límite marítimo sino un límite al Archipiélago y que mal pudiera tratarse de un límite marítimo que estaría ubicado en lo que en 1930 era considerado alta mar.

Siguieron años de intercambio de notas y protestas hasta que finalmente Nicaragua en 1980 declaró la invalidez total del Tratado entre otras cosas por haber sido firmado bajo coacción de parte de EEUU.

Nicaragua llevó el asunto a la Corte Internacional por medio de solicitud presentada el 6 de Diciembre de 2001. Fundamentó la jurisdicción de la corte con base en el Artículo 36 incisos 1 y 2 del Estatuto de la Corte y en el Artículo XXXI del Tratado Interamericano de Solución Pacífica de Controversias, conocido también como Pacto de Bogotá por haber sido suscrito en esa ciudad el 30 de abril de 1948.

Nicaragua presentó su Memoria el 28 de abril de 2003, debiendo Colombia presentar su Contra Memoria a más tardar el 28 de junio de 2004 pero el 21 de julio de 2003 interpuso excepciones preliminares a la competencia de la CIJ para conocer el caso.

1. *Excepciones Preliminares*

La manera en que la Corte dispuso de las excepciones liberó a Colombia de la necesidad de defender en el fondo el reclamo nicaragüense de soberanía sobre las islas y las razones de invalidez del Tratado de 1928.

Colombia formuló dos excepciones preliminares que encasilló dentro del

artículo 79 inciso 1 del Reglamento, es decir, que debían de ser resueltas antes de continuar conociendo sobre el fondo.

La primera excepción alegaba que el Tratado firmado con Nicaragua en 1928 era válido y estaba vigente al momento de la firma y entrada en vigencia del Pacto de Bogotá en 1948 y que, en consecuencia, con base al artículo VI del Pacto no cabía el uso de nuevos medios para resolver algo ya resuelto por el Tratado de 1928 sino que la Corte en base al Artículo XXXIV del Pacto solo debía declarar terminada la controversia.⁶

La segunda excepción tenía diversos aspectos pero uno de los principales iba dirigido a que la declaración de Colombia en base al inciso 2 del artículo 36 del Estatuto (la llamada cláusula opcional) había sido retirada por Colombia el 5 de Diciembre del 2001, es decir, un día antes de la presentación de la demanda ante la Corte.

La Sentencia acogió ambas excepciones en lo relativo a la soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina pero rechazó ambas excepciones en lo relativo a la disputa sobre los cayos y sobre su jurisdicción para conocer de la delimitación marítima. El razonamiento de la Corte era que el Tratado de 1928 era válido y, por tanto, esas islas pertenecían a Colombia pero a la vez razonó que el Tratado no reconocía la soberanía de Colombia sobre los cayos y que el meridiano 82 no era límite marítimo y que por consiguiente no existía una delimitación marítima.

Cuatro de los jueces disintieron de la parte de la sentencia que reconocía la validez del Tratado y la soberanía de Colombia sobre las islas pues consideraron que en una sentencia sobre excepciones preliminares no podía haber una resolución de aspectos fundamentales del fondo de la disputa.

El Vicepresidente de la Corte, Al-Khasawneh consideró que las cuestiones cruciales y complicadas que formaban parte de este caso solo podían ser resueltas en la fase del fondo y no de una manera sumaria, no convincente y prematura. Recordó que el alegato nicaragüense de coacción en la firma del Tratado no fue debidamente discutido durante las audiencias públicas mientras que habían formado gran parte de los alegatos escritos de Nicaragua.⁷

6. ARTÍCULO VI del Pacto de Bogotá: "Tampoco podrán aplicarse dichos procedimientos a los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto." ARTÍCULO XXXIV: "Si la Corte se declarare incompetente para conocer de la controversia por los motivos señalados en los artículos V, VI y VII de este Tratado, se declarará terminada la controversia".

7. Párrafos 2 y 5 de su Opinión, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment I.C.J. Reports 2007, p. 878.

El Juez Bennouna quizá nos da una luz sobre lo que estaba detrás de esta decisión prematura si recordamos lo que estaba pasando en Iraq en esos días. Señala que la mayoría de los miembros buscaron la manera de evitar el debate de fondo sobre la validez de una Tratado concluido bajo coacción por la amenaza o el uso de la fuerza. Y agrega que al haber decidido un asunto tan controversial en la etapa en que lo hizo, sin tener toda la información sobre la cual fundamentar su decisión, "la Corte se está exponiendo a críticas sobre la manera en que ejecuta su función judicial."⁸

El Juez Ranjeva opinó que "al fallar *in limine* y, al parecer, de manera definitiva sobre el tema de la nulidad del Tratado de 1928, la Sentencia de la Corte se ha dado sin tener en cuenta las reglas de un procedimiento contradictorio ("*a été prise au mépris de la règle du contradictoire*" "*has been taken without regard for the rule of procedural fairness*").⁹

El Juez Abraham finalizó su opinión disidente diciendo: "Resta esperar que ciertos Estados demandados ligados por una declaración facultativa no tomarán como pretexto en un futuro, para rechazar a título preliminar la competencia de la Corte utilizando argumentos sobre el fondo...y en fin que la presente Sentencia sobre este punto no forme un precedente jurisprudencial."¹⁰

Es difícil entender como la Corte pudo interpretar que rechazar esas dos peticiones fundamentales de Nicaragua no era resolver sobre el fondo. ¿Qué sentido tiene el inciso 7 del artículo 79 que faculta a la Corte no solo para aceptar o rechazar una excepción sino también a declarar que la excepción no posee, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar y dejar pendiente su resolución hasta la sentencia de fondo?

En el párrafo 51 de su Sentencia la Corte había señalado que para declarar que una excepción no tenía un carácter exclusivamente preliminar dos elementos debían de concurrir: que la Corte no estuviera en posesión de todos los hechos necesarios para resolver o que al contestar estaría resolviendo el fondo del asunto o una parte del mismo. ¿Cómo pudo entonces obviar que esas excepciones no tenían un carácter únicamente preliminar cuando la primera conclusión sometida por Nicaragua en su Solicitud y luego en su Memoria era que se declarará su soberanía sobre esas islas y que se declarará que el Tratado de 1928 no era válido?

Si el fallo efectivamente resolvió elementos del fondo en un proceso sumario e incidental, tal como lo dicen los jueces arriba citados, entonces

8. Opinión disidente del Juez Bennouna en la p. 933, I.C.J. Reports 2007. ("*The Court is exposing itself to criticism of the way in which it performs its judicial function*").

9. Ranjeva, p. 888, párr. 6, I.C.J. Reports 2007.

10. Abraham, p. 920, párr. 65, I.C.J. Reports 2007.

podríamos hablar de falta de equidad en el manejo pues tal como lo señala el Juez Ranjeva, arriba citado, no se habrían seguido las reglas de un proceso contradictorio.

Otra manera de ver este asunto es que la Corte no resolvió sobre el fondo sino simplemente sobre su competencia para conocer de esos temas específicos; es decir, que la Corte, no tenía competencia para conocer de esa parte del reclamo y por consiguiente quedaba excluido ese asunto de su conocimiento. Así pudiera entenderse lo dicho por la Corte que en ese estadio del proceso “se trata sólo de decidir, conforme al parágrafo 6 del artículo 36 del Estatuto, si es competente para conocer del fondo del asunto, y que ella no puede ir más allá”.¹¹ Le da cierto respaldo a esta tesis el hecho de que Colombia haya pedido expresamente que la Corte con base al artículo XXXIV del Pacto declarara terminada la controversia y que la Corte no se haya pronunciado expresamente sobre este punto.

Es claro que esta interpretación implica que el asunto de la soberanía sobre esas islas no ha quedado zanjado definitivamente sino tan solo el hecho de que la Corte no tenía jurisdicción para conocer del asunto. Pero si esto es así, es Colombia la que escogió el camino de las excepciones preliminares para resolver un delicado asunto que era parte evidente del fondo.

2. Quitasueños

Entre los cayos en disputa figuraba el de Quitasueño que está ubicado a unas 100 millas al Este de la costa continental de Nicaragua. Conforme a la información manejada por Nicaragua este mal llamado cayo es realmente un bajo cuyas formaciones permanecen sumergidas en pleamar y por consiguiente no es susceptible de apropiación ya que forma parte de la plataforma continental, en este caso, la de Nicaragua.

La prueba presentada por Nicaragua tenía fundamentalmente dos sustentos. Uno era un estudio preparado en 1937 por un funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia que indicaba textualmente que “el Cayo Quitasueño no existe” y que no había guano en el mismo “puesto que no hay tierra firme”. Igualmente presentó Nicaragua abundante prueba de que en ninguno de los estudios ni cartas náuticas anteriores a la demanda de Nicaragua se mostraba la presencia de islas en la zona llamada cayo Quitasueño.

El otro elemento probatorio era que los EEUU habían instalado y maneja-

11. párr. 58-59 de la sentencia, *I.C.J. Reports 2007*.

do dispositivos de seguridad para la navegación incluyendo un faro en Quitasueño. En 1972 se firmó un Tratado entre Colombia y EEUU por medio del cual éste último renunció a todo reclamo de soberanía sobre los Cayos de Roncador, Serrana y Quitasueño que fue acompañado de un canje de notas diplomáticas en las que EEUU expresaba que Quitasueño “al estar permanentemente sumergido en la pleamar, no es actualmente sujeto de ejercicio de soberanía.”¹² Para Nicaragua la afirmación formal del Estado que mantuvo el faro y dispositivos de seguridad en Quitasueño provenía de quién mejor podía dar fe de la situación real hasta 1972.

Colombia se fundamentó en dos estudios preparados varios años después de iniciada la demanda. Uno preparado por la Armada Colombiana en Septiembre de 2008 y otra inspección de la Armada Colombiana en Noviembre del 2009 de la cual formaba parte un perito contratado por Colombia, el Dr. Robert Smith, que presentó un informe sobre la visita en Febrero de 2010 que fue anexado a la Dúplica de Colombia presentada en Junio del 2010.¹³ El equipo de inspección estaba integrado únicamente por técnicos y militares colombianos que llevaron y sirvieron de asistentes del Dr. Smith para tomar medidas y hacer el trabajo de campo. La lista de participantes es detallada en el Anexo 2 del Informe Smith en el que solo consta personal colombiano.

El informe fue presentado como se deja indicado como un documento escrito incorporado en la Dúplica de Colombia. El Dr. Smith no fue presentado como perito para ser interrogado durante las audiencias. Su informe no podía tener más valor que el que podía dársele a cualquier documento emanado de las autoridades colombianas.

El Juez Lachs había comentado, hace ya más de dos décadas, sobre la situación que enfrentaba la Corte cuando las partes presentaban diferentes expertos con diferentes posiciones y había concluido que “En tales casos, la Corte puede tener que llamar a un experto para decidir el asunto...”¹⁴

En el presente caso, como señalamos abajo, no había siquiera un experto por parte de Nicaragua que pudiera dar testimonio de lo que existía en Quitasueño ya que Nicaragua no fue permitida por Colombia que se acercara al sitio. Solo este hecho podría haber motivado a la Corte que era de elemental justicia enviar a un experto independiente a verificar los hechos.

12. Ver párr. 28 de la Sentencia, *I.C.J. Reports 2007*.

13. Dúplica de Colombia del 18 de Junio de 2010, Vol. II, Anexo 1, p. 1. (*Rejoinder of the Republic of Colombia*)

14. M. Lachs, “Evidence in the Procedure of the International Court”, ensayos en Honor del Juez Taslim Elias, Vol. II, p. 273.

Pero la Corte se basó exclusivamente en el Informe Smith que era simplemente un documento por cuya elaboración pagó Colombia; fue ejecutado bajo su plena supervisión en sus propios medios de transporte y el trabajo de campo fue ejecutado enteramente por funcionarios colombianos. Como relata en su informe el experto: "Con la asistencia de las fuerzas armadas colombianas (Naval, Guarda Costas y Fuerza Aérea) pasé 3 días completos en el sitio de Quitasueño..." Según el experto, el Dr. Robert Smith, geógrafo (que no hidrógrafo¹⁵) existían 34 formaciones individuales en Quitasueño que se mantenían por encima de la superficie en la pleamar.¹⁶

Ante estos estudios preparados por Colombia o por encargo de Colombia, Nicaragua intentó enviar un buque del Instituto de Pesca de Nicaragua (INPESCA) con personal experto a bordo para inspeccionar ciertas áreas del Caribe incluyendo la zona de Quitasueño. La reacción de Colombia fue inmediata de protesta ante el propio Gobierno de Nicaragua y ante la Corte tildando la inspección que Nicaragua intentaba hacer como una "acción hostil y provocativas"¹⁷. Dada la reacción colombiana y la presencia de la Armada Colombiana en la zona se desistió del esfuerzo ordenándose el regreso a puerto de la embarcación de INPESCA.

Este era el estado de las pruebas que tenía ante sí la Corte al dictar su Sentencia y en ellas se sustentó sin considerar la posibilidad y conveniencia de que se hiciera una inspección independiente de la zona de Quitasueño.

El razonamiento de la Corte fue resumidamente el siguiente. Primeramente expresó que "la Corte considera que lo pertinente para el asunto en cuestión es la evidencia contemporánea. De tal evidencia, la más importante es el Informe Smith..."¹⁸.

En base a este Informe la Corte dio por probado que había una piedra de 1 metro cuadrado¹⁹ que emergía unas décimas de centímetros fuera del agua en pleamar "que la evidencia fotográfica (Informe Smith) muestra que está compuesta de material sólido, adherido al substrato, y no de residuos suel-

15. Durante las audiencias públicas Nicaragua recordó lo siguiente: "el Dr. Smith fue interrogado sobre el término *low-water springs* en 2006, cuando actuó como testigo experto para Guyana en el arbitraje Anexo VII con Suriname. Durante su interrogatorio por el abogado de Suriname, lo siguiente trascendió. Pregunta: "¿Ha oído hablar del concepto de *low-water springs*?" Respuesta: "Puede que haya oído hablar de él, pero no creo que yo podría definirlo." Pregunta: "Usted no sabe lo que es?" Respuesta: "No". (pie de páginas omitidos) Así que eso es lo más que se puede considerar sobre la experiencia del Dr. Smith en relación a la hidrografía." (*Verbatim Record/Compte Rendu*) CR 2012/14 (Alex Oude) párr. 12.

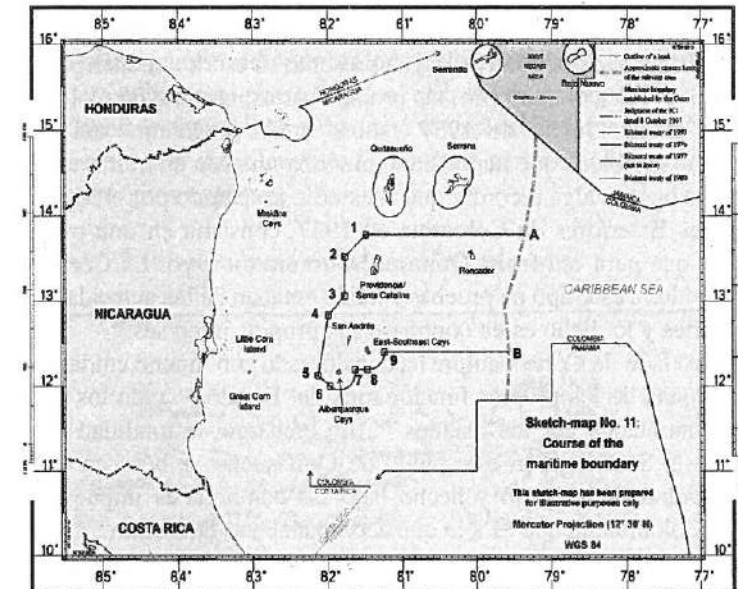
16. *Ibid.*, párr. 29 y Duplica de Colombia del 18 de Junio de 2010, Vol. I., paras. 3.20 a 3.26.

17. CR 2012/8 (Agente) paras. 24 a 28.

18. Sentencia párr. 36.

19. Sentencia párr. 202.

tos."²⁰ Además dio por probado que dentro de las doce millas de distancia de esta piedra se encontraba medio centenar de formaciones que constituyen elevaciones en bajamar²¹ y que "por ende, el mar territorial alrededor de



Quitasueño se extiende desde las elevaciones en bajamar situadas dentro de las 12 millas náuticas de QS32 (la piedra de un metro cuadrado), cuya posición significa que contribuyen a la línea de base desde la cual se mide la anchura del mar territorial."²² Con un cálculo geométrico elemental se comprueba que sobre esta piedra vista por el Dr. Smith se construyó un reconocimiento de espacios marítimos sumamente valiosos a Colombia de más casi tres mil kilómetros cuadrados de extensión.

Al *dictum* de la Corte, con el debido respeto observaría que la prueba contemporánea puede ser en la generalidad de los casos más pertinente si de ella pudiera deducirse que la situación observada ha existido desde mucho tiempo. En el caso que tratamos, aun cuando estuviera plenamente probado que hoy se encuentra una piedra permanentemente fuera del agua, esto no desvirtúa la prueba pasada de que antes no lo había. ¿Y si así fuese, cómo puede un

20. Sentencia párr. 37.

21. Párr. 38.

22. Párr. 183.

II. ASUNTO DE LA INTERVENCIÓN DE NICARAGUA EN EL JUICIO ENTRE EL SALVADOR Y HONDURAS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA²⁸

1. Antecedentes

Las relaciones fronterizas tensas entre El Salvador y Honduras desembocaron en 1969 en una guerra entre ambas naciones a la cual puso punto final el Tratado de Paz del 30 de Octubre de 1980, suscrito dentro de un proceso de mediación dirigido por el ex Presidente del Perú y de la Corte Internacional de Justicia, el Dr. José Luis Bustamante y Rivero.

El Tratado estipulaba que si no podía lograrse un acuerdo entre las partes sobre los territorios en disputa, se suscribiría un compromiso para someter las restantes diferencias a la Corte Internacional de Justicia. Este compromiso fue suscrito el 24 de Mayo de 1986.

El compromiso estipulaba en su artículo segundo:

“Objeto del litigio

Las Partes solicitan a la Sala:

1. Que delimite la línea fronteriza en las zonas o secciones no descritas en el Artículo 16 del Tratado General de Paz, de 30 de Octubre de 1980.

2. Que determine la situación jurídica insular y de los espacios marítimos.”²⁹

Para Nicaragua, no podía darse ninguna determinación de los espacios marítimos dentro del Golfo o fuera del mismo a voluntad únicamente de dos de los tres ribereños. La razón de esto último en el sentir de Nicaragua consistía en que la boca del Golfo mide menos de 20 millas desde Punta Consigüina desde las costas Nicaragüenses hasta Punta Amapala en El Salvador, encontrándose el territorio terrestre de Honduras a cerca de 30 millas al fondo del Golfo y, además, existen islas Nicaragüenses y Salvadoreñas a menos de 6 millas de distancia unas de otras que bloqueaban el territorio de Honduras de la boca del Golfo y el Pacífico. En fin, la posición de Nicaragua era que Honduras no tenía derechos fuera del Golfo y que

28. *Land Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 351.

29. Compromiso entre Honduras y El Salvador para someter a la decisión de la Corte Internacional de Justicia la Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima existente entre los dos estados, suscrito en la Ciudad de Esquipulas, República de Guatemala, el día 24 de Mayo de 1986. Texto disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/75/6541.pdf> (de aquí en adelante Compromiso).

dentro del Golfo ya se había establecido un límite por la Comisión Mixta de Límites en 1900.³⁰

Nicaragua no tenía otro recurso posible para impedir que se decidieran entre dos partes lo que evidentemente solo podía ser resuelto con su participación, que recurrir al artículo 62 del Estatuto de la Corte para solicitar intervenir ya que a todas luces tenía un interés jurídico que se vería afectado por cualquier decisión de la Sala sobre los espacios marítimos.

En ese momento el tema de la intervención era un asunto de muy incierto manejo. Las experiencias brindadas por las anteriores solicitudes de intervención en base al artículo 62 intentadas por Malta³¹ y luego por Italia³² que ya habían sido resueltas negativamente por la Corte, no habían despejado el panorama.

No se puede decir que en las circunstancias del caso, Nicaragua debió abstenerse de intervenir, como lo pedía expresamente El Salvador. Ciertamente no hay obligación de intervención, pero este es un derecho concedido por el Estatuto al cual no tenía por qué verse obligada a renunciar Nicaragua en razón de los problemas creados por el sistema de salas especiales previstas por el Reglamento.

El problema es que de conformidad con el Estatuto una sentencia de una sala especial es considerada como sentencia de la Corte en pleno. Sin entrar a discutir el tema a fondo, podemos señalar que el artículo 59 no ofrece un blindaje invulnerable a los terceros como fácilmente se desprende de la propia existencia del artículo 62. Si esta facultad de intervenir no existiera, sería más fácil para los terceros sentirse cobijados por el artículo 59.

Pero ese no era el principal problema jurídico que afrontaba Nicaragua al formarse la Sala Especial. El principal problema radicaba en que la causa sería juzgada no por la Corte en pleno sino por una Sala Especial integrada de conformidad con los cambios hechos al Reglamento de la Corte en 1972 y luego en 1978 que permitían a las partes una “influencia decisiva”³³ en la escogencia de los miembros de la Sala.

Por otro lado, las disposiciones del Compromiso de 1986 no dejaban duda sobre esa determinación de las partes de escoger a los magistrados de su agra-

30. Sobre los antecedentes de las diferencias entre los estados ribereños ocasionadas por el Golfo de Fonseca y una concisa reseña histórica del procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia, ver Alejandro Montiel Argüello, ENCUENTRO, Año XXXIV, No. 62, 2002, p. 64-84.

31. *Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1981, p.3.

32. *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p.3.

33. Jimenez de Aréchaga, citado por Genevieve Guyomar al comentar el artículo 17 del Reglamento, en su *Commentaire du Règlement de la Cour Internationale de Justice: adopté le 14 Avril 1978: interprétation et pratique*, 1983, p. 69.

do. El Artículo primero del Compromiso decía:

“Constitución de la Sala

1. En aplicación del Artículo 34 del Tratado General de Paz suscrito el 30 de octubre de 1980, las Partes someten las cuestiones mencionadas en el Artículo Segundo del presente Compromiso a una Sala de la Corte Internacional de Justicia, compuesta por tres miembros, con la anuencia de las Partes, las cuales expresarán en forma conjunta al Presidente de la Corte, siendo esta conformidad esencial para la integración de la Sala, que se constituirá de acuerdo a los Procedimientos establecidos en el Estatuto de la Corte y en el presente Compromiso.

2. Adicionalmente, integrarán la Sala dos jueces ad-hoc especialmente nombrados uno por El Salvador y otro por Honduras; los que podrán tener la nacionalidad de las Partes.”³⁴

Como puede verse, las partes no solo querían que el “Presidente indagará la opinión de cada una de las mismas en lo concerniente a la composición de la Sala e informará a la Corte al respecto”, tal y como dispone el artículo 17 inc. 2 del Reglamento de la Corte que había entrado en vigencia en 1978 sino que las Partes claramente indicaban en el Compromiso que su conformidad era “esencial para la integración de la Sala.”

No es que lo dispuesto en el Compromiso haya sido una innovación puesto que tenía el antecedente muy cercano de la integración de la Sala Especial que conoció en el caso del Golfo de Maine³⁵ que fue integrada al entero gusto de EEUU y Canadá con jueces enteramente occidentales y provenientes de países miembros de la OTAN. Al menos la Sala Especial de la que tratamos mantenía un poco el espíritu del Artículo 9 del Estatuto en cuanto a que de alguna manera reflejaba muchas de las principales formas de la civilización al estar integrada por miembros provenientes de Asia, Europa e Iberoamérica.

Pero había otra diferencia de no tan ejemplar resultado. En el Golfo de Maine no había posibles intereses de terceros países a miles de kilómetros a la redonda de la zona objeto del proceso. En el Golfo de Fonseca en una pocas docenas de kilómetros a la redonda estaban vinculados obvios intereses de tres estados y solo dos pretendían ser partes.

A pesar de que se cuestionó la validez de la reforma al Reglamento en 1972 (y 1978) ya que en opinión de muchos eminentes juristas era una reforma no solo del Reglamento – para lo cual tenía plenas facultades la Corte –

34. Ver Compromiso.

35. *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Main Area, Constitution of Chamber, Order of 20 January 1982, I.C.J. Reports 1982* y Sentencia del 12 Octubre de 1984, *I.C.J. Reports 1984*, p.246.

sino del Estatuto³⁶ que es tan intangible como la Carta de las Naciones Unidas, no se vislumbró en ese momento los problemas que esto también traería en caso de que se presentara una solicitud de intervención cuando estaba conociendo del caso una Sala Especial.

Como se puede mantener el principio de igualdad de las partes si una de ellas se ve obligada a recurrir a una Sala que fue integrada en su totalidad por magistrados escogidos por su contraparte? Esta es la situación que se dio en el caso de la intervención de Nicaragua de la que tratamos y no dudo que se presentará el mismo dilema en el futuro a cualquier estado que se vea obligado a presentarse ante una Sala creada por sus contrapartes.

La realidad es que aún con el beneficio del paso de muchos años desde que se presentó esta situación, considero que la solución propuesta por Nicaragua era la única que mantenía sus derechos para ser tratada con entera igualdad como estado frente a los otros dos estados ante la situación creada por la integración de la Sala Especial.

Nicaragua pidió intervenir ante la Corte en pleno y no ante la Sala Especial. La solicitud fue presentada para intervenir como parte en el proceso³⁷ y por esa razón se pidió que si la solicitud era acogida, Nicaragua solo pediría aquellos cambios a la Sala Especial “que fueran estrictamente necesarios a fin de mantener los estándares mínimos de eficiencia e imparcialidad (“fairness”) procesal.”³⁸

36. En efecto, el Artículo 26 inc. 2 del Estatuto dispone:

“2. La Corte podrá constituir en cualquier tiempo una Sala para conocer de un negocio determinado. La Corte fijará, con la aprobación de las partes, el número de magistrados de que se compondrá dicha Sala.”

Es decir, el Estatuto solo autoriza que las partes opinen sobre el número de los miembros que deberán integrar la Sala *ad hoc*, pero nada sobre la selección de los mismos. Por el contrario, el artículo 17 inc. 2 del Reglamento, tal como quedó con la reforma de 1978, dice:

“2. Una vez comprobado el acuerdo de las partes, el Presidente indagará la opinión de cada una de las mismas en lo concerniente a la composición de la Sala e informará a la Corte al respecto. Tomará asimismo aquellas disposiciones que puedan ser necesarias para dar cumplimiento a lo previsto en el párrafo 4 del Artículo 31 del Estatuto.”

Es decir, las partes deben ser consultadas sobre la composición de la Sala, sobre la identidad de los miembros que la integrarán.

37. La solicitud no especificaba explícitamente que era intervención como parte, pero en ese momento no se conocía otro tipo de intervención. La figura de la intervención como “no parte” apenas existía embrionariamente basada sobre todo en la opinión separada del Juez Mbaye a la Sentencia que recayó en la solicitud de intervención de Italia en el caso entre Malta y Libia, en la que había expresado “A mi parecer existen dos categorías de intervinientes: el interviniente como parte y el interviniente como no parte.” *I.C.J. Reports 1984*, p. 43. La Corte aún no se había pronunciado sobre este tema.

38. Solicitud de Nicaragua del 17 Noviembre de 1989, p. 12. (*Application for permission to intervene by the Government of Nicaragua filed in the Registry of the Court on 17 November 1989*).

En subsidio de lo anterior, para en el caso que no fuera acogida esa petición, Nicaragua pedía que “por razones de elemental equidad... la Corte debía excluir del mandato de la Sala cualesquiera facultades para determinar la situación jurídica de los espacios marítimos dentro del golfo De Fonseca así como en el Océano Pacífico y, en efecto, limitar el mandato de la Sala a esos aspectos de la frontera terrestre en disputa entre El Salvador y Honduras.”³⁹

La Corte decidió de otra manera. Consideró que la solicitud de intervención era un proceso incidental dentro del proceso principal que se encontraba ante la Sala y que debía de ser resuelto por ésta.⁴⁰

Es incontrovertible que la intervención es un proceso incidental y que lo normal es que se resuelva por la Autoridad que conoce el proceso principal. Pero esa solución esquivaba completamente el problema que surge al tratarse de una instancia cuyo derecho a conocer de la causa está en cuestión. El Juez Shahabuddeen sostiene en su opinión disidente a la Ordenanza en cuestión de que aun suponiendo “que el Reglamento contemplara que una sala así constituida tenga facultades para actuar como corte de justicia en relación al solicitante, [p]or las razones antes dichas, la Sala en este caso no puede ser considerada como una corte normal de justicia con respecto al solicitante.”⁴¹ Y concluye,

“En resumen, con el debido respeto, considero que la Corte ha mal interpretado el caso de Nicaragua. La esencia del asunto, como yo lo entiendo, es que los métodos con los cuales ha sido integrada la Sala autorizan a Nicaragua a tener el punto de vista que la Sala no puede ejercer las funciones de la Corte Internacional de Justicia en lo que respecta a Nicaragua.”⁴²

Para estar aún más claros del problema que la integración de esta Sala en la manera deseada por las partes ponía a Nicaragua es necesario indicar al menos brevemente cuáles eran sus intereses en los espacios marítimos que eran en los que únicamente manifestó interés Nicaragua.

El Salvador sostenía que las aguas del Golfo de Fonseca se encontraban bajo un régimen de condominio de los tres estados ribereños. Esta fue la tesis esgrimida por El Salvador en un juicio que incoó contra Nicaragua ante la

39. Ibid. p. 12.

40. “Considerando que la regla de derecho según la cual “toda intervención es un procedimiento incidental” (*Haya de la Torre, I.C.J. Reports*, p. 76) se aplica a toda intervención sea ésta formulada en base al artículo 62 o al 63 del Estatuto”, *I.C.J. Reports 1990*, p. 4.

41. Opinión disidente Shahabuddeen, “*I.C.J. Reports 1990*, p. 60.

42. Ibid. 61.

Corte Centroamericana en 1916.⁴³ En esa época de mares territoriales de 3 millas no había discusión alguna sobre las aguas fuera del Golfo. Pero con el paso de los años, ya para los años 80 en que el conflicto entre El Salvador y Honduras se había dado, Honduras por primera vez presentó reclamos en la boca del Golfo y fuera del Golfo. El Salvador mantuvo su tesis del condominio pero a la par sostenía que únicamente El Salvador y Nicaragua tenían derecho a espacios marítimos fuera del Golfo.

Honduras por su parte no había tomado partido oficial en la disputa ante la Corte Centroamericana pero manifestó su desacuerdo con la tesis salvadoreña del condominio y así lo manifestó en nota enviada a dicha Corte.⁴⁴ Cuando Honduras empezó a interesarse en reclamar derechos fuera del Golfo comprendió que la tesis del condominio favorecía sus pretensiones pues era evidente que si existía ese condominio, se necesitarían muy buenas razones para explicar por qué los derechos de un supuesto condómino terminaban con las últimas gotas de agua al llegar a la boca del Golfo. Para no aparecer amparándose tardíamente a la tesis salvadoreña del condominio, Honduras alegó que lo que existía era una comunidad de intereses de los tres estados.

La Sala comentó la posición de Honduras en su sentencia del 11 de Septiembre de 1992 de la siguiente manera un tanto irónica:

“406. Es de notar que Honduras, mientras argumenta contra el condominio, propone otra idea alternativa: la de una “comunidad de intereses” o de “interés”...

407. No existe duda de que hay una comunidad de interés de los tres Estados costeros del Golfo. Sin embargo, parece extraño postular un régimen de comunidad de interés como argumento contra un régimen de condominio; pues un condominio es casi una representación jurídica ideal de los requerimientos de la comunidad de interés de igualdad perfecta del usuario de las aguas y de los derechos jurídicos comunes y la “exclusión de cualquier privilegio preferencial”.

Anoto lo anterior que pudiera parecer un comentario sobre un asunto de segundo orden para tratar de dejar claro cuál era el problema para Nicaragua para presentarse ante una Sala Especial escogida por las dos partes en litigio. Esas partes podían tener grandes divergencias en sus diferendos terrestres, pero en el fondo –aún por razones diferentes– estaban sosteniendo tesis que

43. Ver Sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia del 9 de Marzo de 1917 publicada en el *American Journal of International Law (AJIL)*, Vol. 11, No.3 (Jul. 1917), p. 674-730, ver también sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 11 de Septiembre de 1992, *I.C.J. Reports 1992*, paras. 372 y 377.

44. *AJIL*, Vol. 11, No.3 (Jul. 1917), p. 696; ver también *I.C.J. Reports 1992*, p. 600, párr. 402.

iban a desembocar en un resultado contrario a los intereses de Nicaragua. Si había condominio como decía El Salvador o comunidad de intereses en la forma alegada por Honduras, era muy difícil sostener que Honduras no tenía derechos fuera del Golfo.

En conclusión sobre este tema. Los miembros de la Sala habían sido escogidos por las dos partes en litigio y, al menos es de presumir que el 40% de los miembros de la Sala – los dos jueces ad hoc –, hayan tenido plena conciencia de los intereses perseguidos por dichas partes cuando fueron designados; intereses, que como hemos dejado claro, no eran los de Nicaragua.

Debo señalar, como lo señalamos expresamente ante la propia Sala, que nuestra posición no ponía en duda la calidad de los miembros de la Sala, ya que si Nicaragua hubiese sido consultada difícilmente hubiera podido escoger personajes más distinguidos. Esto no eran solo palabras dulces puesto que Nicaragua no le había pedido a la Corte en pleno que se cambiara la composición de la Sala, sino que se permitiera a Nicaragua nombrar su propio juez ad hoc a fin de ponerla en igualdad de circunstancias con los otros dos estados litigantes.

La Sala asumió de inmediato la competencia para conocer de la solicitud de Nicaragua, sin mediar solicitud expresa de Nicaragua, ya que entendió que la Ordenanza de la Corte del 28 de Febrero de 1990 significaba que la solicitud hecha por Nicaragua ante la Corte en pleno debía entenderse como hecha ante ella.

En ese entendido dio trámite al proceso mandando a oír a las partes. El Salvador se opuso terminantemente a la solicitud de intervención⁴⁵ y esto obligó a tener audiencias públicas para conocer el caso. Estás tuvieron lugar del 5 al 8 de Junio de 1990 y la Sentencia admitiendo la intervención recayó el 13 de Septiembre de 1990.

La Sala decidió que Nicaragua había demostrado que tenía un interés de naturaleza jurídica que podía ser afectado pero únicamente por una parte de la Sentencia que recaería sobre el fondo; a saber la decisión sobre el régimen de las aguas del golfo de Fonseca pero no sobre cualquier delimitación dentro del Golfo o sobre la situación legal de los espacios marítimos situados fuera del Golfo.⁴⁶

Con esta limitada intervención abierta a Nicaragua se prosiguió el asunto sobre el fondo con la intervención de Nicaragua que aclaró que su intervención ante la Sala no era igual a la presentada ante la Corte en pleno sino que

45. Ver párrafos 43 a 51 de la Sentencia del 13 de Septiembre de 1990. *I.C.J. Reports 1990*, p. 111-114.

46. *I.C.J. Reports 1990*, p. 137 en el párr. 105.

era como no parte y que no estaba pidiendo ni reforma de la Sala ni limitación a su mandato. Así manifestó ante la Sala que “Nicaragua entiende que como no-Parte en este caso, no puede ser afectada por la decisión de la Sala sobre los méritos. Como no-parte, Nicaragua está bajo la protección del Artículo 59 del Estatuto de la Corte y el derecho que ha adquirido porque su solicitud ha sido admitida es fundamentalmente el derecho a ser escuchada por la Sala. Con respecto a Nicaragua, la decisión a ser emitida por la Sala sobre los méritos permanecerá *res inter alios acta*. Nicaragua entiende que éste es el claro significado del Párrafo 102 de la Sentencia del 13 de Septiembre de 1990...”⁴⁷

El asunto culminó con la Sentencia dictada por la Sala el 11 de Septiembre de 1992. Esta es clara y congruente con la posición de Nicaragua al decir que al no haber sido parte Nicaragua, la Sentencia no era *res judicata* para ella.⁴⁸ Sin embargo, el resultado no se ajusta claramente a lo dicho por la Sala.

Es ilustrativo comparar lo resuelto en este caso con el resultado del intento de intervención de Italia en el caso entre Libia y Malta (*Plataforma Continental*). Esta solicitud de intervención de Italia que no fue admitida pero la Sentencia que recayó en el fondo protegió totalmente los intereses de Italia. La Sentencia excluyó de toda determinación de los espacios de Libia y Malta, cualquier espacio que había sido reclamado por Italia. No es que resolvió que esos espacios eran italianos sino que no podía entrar a conocer de ellos de forma alguna. “La presente decisión, como había sido anticipado, estará limitada geográficamente a fin de dejar lo reclamado por Italia sin ser afectado, es decir que la decisión de la Corte debe limitarse a la zona en la cual, según ha sido informada por Italia, dicho Estado no tiene pretensiones de plataforma continental.”⁴⁹

En el caso que tratamos, la Sala a pesar de Nicaragua no era parte decidió cual era la situación jurídica de las aguas del Golfo de Fonseca determinando que se mantenían en “soberanía conjunta” por los tres países ribereños excluyendo una franja de 3 millas desde el litoral de cada Parte que eran de soberanía exclusiva del Estado costero. Además, decidió cómo debía determinarse lo que le correspondía a cada uno de las tres partes en la línea de cierre de la boca del Golfo y de las aguas fuera del Golfo.⁵⁰

Es de presumir que por este resultado es que uno de los miembros de la Sala manifestara en su opinión disidente que consideraba que la Sentencia si

47. Citado en la Sentencia del 11 de Septiembre de 1992, *I.C.J. Reports 1992*, p. 609, párr. 422.

48. *I.C.J. Reports 1992*, p. 609-610, párr. 421 a 424.

49. *I.C.J. Reports 1985*, p. 13, párr. 21.

50. Párr. 432.

era *res judicata* para Nicaragua⁵¹ y otro de los jueces indicara que esa sentencia debía de tener para con Nicaragua efectos similares a una intervención en base al artículo 63 del Estatuto.

Para concluir, quiero recordar que la reforma al Reglamento de la Corte efectuada en 1972 y continuada en 1978 autorizando Salas especiales con algunas características de tribunales arbitrales tenía por propósito atraer clientela a la Corte que había llegado a límites muy bajos de utilización por los estados durante los años anteriores a las reformas.⁵²

Como lo dejó muy claro uno de los principales artífices de las reformas, el Presidente Jiménez de Aréchaga su propósito era: "que el recurso a las salas ad hoc presentará más atractivo a las partes" y de esta manera "infundir (insuffler) nueva vida a esta institución adormecida".⁵³

Hoy por hoy, y desde mediados de los años 80, la Corte tiene una gran cantidad de trabajo, no pocos provenientes de nuestra América. Por otro lado, la Corte Permanente de Arbitraje, ese fantasma que recorrió el Palacio de la Paz durante un siglo sin apenas vida, es hoy una Institución pujante. En fin, las razones para haber creado este peligroso híbrido entre lo judicial y el arbitraje que son las salas ad hoc ya no tienen razón de ser.

Mi ponencia en este punto es que ha llegado el momento en que la Corte debe de revisar estas reformas al Reglamento que ha creado problemas especiales y cuya validez por contradicción con el Estatuto ha sido cuestionado desde el inicio.⁵⁴

III. CASO DE NICARAGUA CONTRA ESTADOS UNIDOS: LA NO COMPARECENCIA DE ESTADOS UNIDOS

El 9 de Abril de 1984 Nicaragua presentó una solicitud en la Corte Internacional de Justicia en contra de Estados Unidos en la que señalaba que este Estado estaba haciendo uso de la fuerza en contra de Nicaragua e inter-

51. Opinión Disidente del Juez Oda, *I.C.J. Reports 1992*, p. 732.

52. Baste notar que el libro anual publicado por la Corte en 1977 con la recopilación de sus actuaciones judiciales, el *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, consta de 4 páginas. Consiste de la transcripción de la única gestión de ese año que fue una Ordenanza en el caso del Mar Egeo.

53. Jiménez de Aréchaga, citado por Genevieve Guyomar al comentar el artículo 17 del Reglamento, en su *Commentaire du Règlement de la Cour Internationale de Justice: adopté le 14 Avril 1978: interprétation et pratique*, 1983, p. 69.

54. La presente exposición ha abordado principalmente los problemas creados por las salas especiales tratándose de una intervención de terceros y no de su validez. Para esto último ver la opinión disidente del Juez Sahabuddeen que aborda magistralmente este punto. *I.C.J. Reports 1990*, p. 18.

vinando en sus asuntos internos en violación de su soberanía, integridad territorial e independencia política y de los principios de Derecho Internacional más fundamentales y universalmente aceptados.

El caso fue designado como el de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos de América)*. El procedimiento así iniciado pasó por varias fases y fue objeto de una serie de Ordenanzas y Sentencias de la Corte Internacional. Estas fases del proceso entre otras incluyeron:

1. Trámite de una solicitud de medidas provisionales que culminó con la Ordenanza del 10 de Mayo de 1984⁵⁵ que ordenaba a Estados Unidos cesar el minado de los puertos de Nicaragua y que la soberanía e independencia de Nicaragua no debería ser puesta en peligro por actividades militares o paramilitares.

2. Trámite del alegato de Estados Unidos rechazando la admisibilidad del caso y la jurisdicción de la Corte para conocer del asunto que concluyó con la Sentencia de la Corte del 26 de Noviembre de 1984⁵⁶ por medio de la cual la Corte afirmó tanto su jurisdicción como la admisibilidad del asunto.

3. Trámite del alegato sobre el fondo del caso que culminó con la Sentencia del 27 de Junio de 1986⁵⁷ en que la Corte básicamente acogió los alegatos de Nicaragua y declaró que Estados Unidos había actuado contra Nicaragua en violación de sus obligaciones bajo el Derecho Internacional consuetudinario, tales como la obligación de no intervenir en los asuntos internos de otro Estado y de no violar su soberanía.

Esta Sentencia que resolvió el fondo va al corazón de muchas de las más elementales normas del Derecho Internacional. Al decir del Juez Lachs, este caso ha generado "abundante pensamiento"⁵⁸. Aparte de los temas directamente bajo consideración en el juicio, tales como la norma sobre el uso de la fuerza, la intervención en los asuntos de otro Estado y los deberes de los Estados en general, la Sentencia incluye temas tan fundamentales como (1) las fuentes del Derecho Internacional; (2) el Derecho del Mar; y (3) el Derecho de Tratados.

Ni sumariamente intentaremos en estas notas abarcar este terreno. Los pormenores del juicio y de las resoluciones de la Corte en este asunto son muy conocidos y hay abundante material de estudio y comentarios sobre el tema. Por eso el presente trabajo se limitará a comentar la decisión de Estados

55. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 10 May 1984*, *I.C.J. Reports 1984*, p. 169.

56. *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, *I.C.J. Reports 1984*, p. 392.

57. *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 14.

58. *I.C.J. Reports 1986*, p. 161. ("wealth of thought").

Unidos de no continuar compareciendo ante la Corte después que ésta dictó su Sentencia aceptando jurisdicción sobre el asunto y particularmente la forma en que la Corte manejó esta ausencia de una de las partes.

La Sentencia en este caso es vista muy justamente como histórica y su estudio y manejo de la situación puso muy alto el valor y entereza de la Corte y de sus miembros. Esto es innegable y sería una gran mezquindad del autor pretender lo contrario. La Corte actuó dentro de un ambiente sumamente difícil puesto que la no comparecencia de Estados Unidos cuando a este país le pareció mejor desaparecer no significó que las presiones habían desaparecido ni la presencia informal de EEUU. El problema es que la Corte queriendo dar la mejor apariencia en el trato al coloso, quiso abrirse tanto al Estado ausente, que puso en problemas a la otra parte presente. En el fondo este trato exagerado dado al ausente no varió en nada los puntos de principio que estaban en juego y que se reflejan claramente en la Sentencia, pero si implicaron una desigualdad procesal en perjuicio del Estado compareciente.

1. Las implicaciones de la no-comparecencia

Después de dictada la Sentencia del 26 de Noviembre de 1984 por medio de la cual la Corte encontró que existía un vínculo jurisdiccional, Estados Unidos envió una carta a la Corte anunciando su retiro de los procedimientos subsiguientes en el caso. Estos hechos se describen en el párrafo 10 de la Sentencia de la siguiente manera:

“En su carta del 18 de enero de 1985 el Agente de EEUU hizo referencia a la Sentencia de la Corte del 26 de noviembre de 1984 e informó a la Corte lo siguiente:

‘... es mi deber informarle que EEUU tiene la intención de no participar en ninguno de los procedimientos que en adelante se celebren en relación a este caso, y que se reserva sus derechos respecto de cualquier decisión de la Corte en relación a los reclamos de Nicaragua.’

La situación creada por un Estado que no comparece ante la Corte o se abstiene de defender su caso se rige por el artículo 53 del Estatuto que dice:

“1. Cuando una de las partes no comparezca ante la Corte, o se abstenga de defender su caso, la otra parte podrá pedir a la Corte que decida a su favor.

2. Antes de dictar su decisión, la Corte deberá asegurarse no sólo de que tiene competencia conforme a las disposiciones de los Artículos 36 y 37, sino también de que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y al derecho.”

A pesar de haber interrogantes a los efectos de si “el artículo 53 solo entra en función hasta los argumentos orales”⁵⁹, el 22 de enero de 1985, Nicaragua estimó necesario presentar una carta a la Corte donde indicaba que mantenía su Solicitud conforme lo indicado en el artículo 53 y solicitaba a la Corte establecer fechas para la presentación de los argumentos escritos sobre el fondo. La Corte aceptó esta solicitud y emitió una Orden al respecto. Con el trámite dado en este caso probablemente se podría deducir que la mejor manera de interpretar el Artículo 53 es que se puede invocar siempre que una parte manifieste directamente que no comparecerá ante la Corte, tal como lo hizo Estados Unidos. Por otro lado, en ausencia de una declaración expresa a esos efectos, entonces la solución lógica es interpretar que solo se puede invocar el artículo 53 luego que la otra parte ha dejado vencer el término designado por la Corte a fin de la presentación de su defensa, por ejemplo, una Contra Memoria; o dicho de otra forma, tan pronto se evidencia que la parte desiste de defender su caso.⁶⁰

La Corte dedicó las siguientes reflexiones a la comunicación de Estados Unidos en el sentido que tenía la intención en adelante de no participar en el procedimiento:

“Cuando un Estados señalado como parte en un proceso de la Corte decide no comparecer en los procedimientos, o no defender su caso, usualmente la Corte expresa que lo lamenta ya que obviamente tal decisión tiene un impacto negativo sobre la debida administración de la justicia (cf. *Jurisdicción de la Pescaderías, I.C.J. Reports 1973*, página 7, párrafo. 12; página 54, párrafo 13; *I.C.J. Reports 1974*, página 9, párrafo 17; página 181, párrafo 18; *Pruebas Nucleares, I.C.J. Reports 1974*, página 257, párrafo 15; página 461, párrafo 15; *Plataforma Continental del Mar Egeo, I.C.J. Reports 1978*, página 7, párrafo 15; *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán, I.C.J. Reports 1980*, página 18, párrafo 33). En el caso ante nosotros, la Corte lamenta aún más la decisión del Estado demandado de no participar en la fase actual de los procedimientos, porque la decisión fue tomada luego que Estados Unidos había participado plenamente en los procedimientos sobre la solicitud de medi-

59. Thirlway, H., *Non-Appearance Before the International Court of Justice*, Cambridge Univ. Press, 1985, p. 34.

60. Ésta última situación fue enfrentada por la Corte in el caso de los *Rehenes*. El fracaso de Irán para defender su caso primeramente ocurrió al no designar un Agente, y posteriormente, al no presentarse a las Audiencias Orales sobre la cuestión de las Medidas Provisionales. Pero después de estos eventos, la Corte dictó una Ordenanza fijando los plazos para la presentación de los alegatos escritos sin mención alguna del Artículo 53. De hecho, no he logrado encontrar una invocación directa de este artículo por parte de los Estados Unidos.

das provisionales, y en los procedimientos sobre jurisdicción y admisibilidad. Al haber participado en los procedimientos de argumentación de la ausencia de jurisdicción de la Corte, Estados Unidos de hecho reconoció que la Corte tenía la potestad de determinar su propia jurisdicción para fallar en cuanto a los méritos. No es posible argumentar que la jurisdicción de la Corte se limita a declarar su ausencia de jurisdicción. En el curso normal de los acontecimientos, el que una parte comparezca ante un Corte conlleva la aceptación de la posibilidad que la Corte falle en contra esa parte. Además, le incumbe a la Corte enfatizar que la no-participación de una parte en los procedimientos en cualquier etapa del caso, bajo ninguna circunstancia puede afectar la validez de su decisión. Además, esa validez tampoco depende de que una de las partes acepte la decisión. Habiendo decidido la Corte afirmativamente sobre su jurisdicción, claramente, el hecho de que un estado establezca que “se reserva sus derechos” respecto de la futura decisión de la Corte, no tiene efecto sobre la validez de esa decisión. Bajo el artículo 36, párrafo 6, de su estatuto, la Corte tiene la potestad para determinar su jurisdicción en cualquier disputa sobre la misma, y su determinación sobre el asunto, al igual que sobre sus méritos, es final y firme obligando a las partes bajo los artículos 59 y 60 del Estatuto (cf. *Corfu Channel*, Sentencia del 15 de Diciembre de 1949, *I.C.J. Reports* 1949, página 248.”

A pesar de esta irónica frase, “No es posible argumentar que la Corte solo tiene jurisdicción para determinar su ausencia de jurisdicción”, es mi impresión que no es enteramente adecuado el resto del comentario. Uno podría preguntarse qué habría dicho la Corte si la situación habría sido a la inversa ¡y hubiera sido Nicaragua la parte desaparecida! ⁶¹.

2. Análisis de los comentarios de la Corte

1) La Corte señala que este caso de no-comparecencia es distinto a todos los demás casos de esta índole, pero que no obstante, para todos los efectos prácticos, aparte de lamentarlo “aún más”, en su Sentencia la Corte no se detiene en analizar las diferencias. Desde nuestra perspectiva, algunas conse-

61. La observación no pretende ser irónica. En otro contexto la misma Corte en su Sentencia sobre jurisdicción llamó la atención al hecho de que si la mesa estuviese volteada y Nicaragua hubiese sido la demandada, hubiese encontrado que Nicaragua estaba vinculada por la Cláusula Opcional. (Ver el párrafo 39 de esa Sentencia, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports* 1984, p. 410).

cuencias específicas podían derivarse de las circunstancias especiales del caso en la aplicación del artículo 53 del Estatuto. Desafortunadamente, como se indica a continuación, si alguna consecuencia hubo a partir de esta novedad de desaparecer cuando las cosas se volcaron contra su posición, fue que se hizo todo más fácil para el Estado no-compareciente.

En el momento en que Estados Unidos anunció su decisión “que en adelante no participaría en los procesos relacionados a este caso,” se le recordó a la opinión mundial que esto no era la primera vez que sucedía esto y que la no participación de países cuando se llevan casos en su contra en la Corte Internacional, se había convertido en una práctica común. Se recordó que el ejemplo más reciente era el de Irán cuando este país rehusó comparecer ante la Corte en el caso de los Rehenes. No obstante, las situaciones eran diferentes: EEUU no estaba en la misma posición que Irán, no.

En el caso de Irán, la jurisdicción de la Corte fue establecida hasta en la fase de la resolución sobre el fondo. En otras palabras, antes de la decisión de fondo, no se había determinado aún si la Corte tenía o no jurisdicción para conocer del asunto. Aunque en la opinión del autor los Estados tienen la obligación de comparecer a todas las fases de los procedimientos ante la C.I.J., esta premisa no es generalmente compartida. Específicamente, se discute si un país tiene la obligación de comparecer antes de la determinación de jurisdicción. Luego de la no-comparecencia de Islandia y Francia en sendos casos ante la Corte en la década de los años 70, se planteó la tesis que solo después que ha habido determinación sobre jurisdicción es que se puede hablar de incumplimiento por parte del Estado no compareciente. ⁶² Por ejemplo, la opinión disidente del Juez Gros en los casos de las Pruebas Nucleares, sostuvo que:

“La no comparecencia es un medio para impugnar la jurisdicción que está reconocido en sus procedimientos, y obligar a un Estado a defender su posición de una forma que no sea la no comparecencia significaría la creación de una obligación no contemplada en el Estatuto.” ⁶³

Thirlway refuta esta tesis de que solo se puede hablar de incumplimiento una vez establecida la jurisdicción, y que en consecuencia, solo en ese momento es aplicable el artículo 53. Señala que esta argumentación no toma en “cuenta el bien establecido principio de la *compétence de la compétence*,”

62. Eisemann, P.M., *Les Effects de la Non-comparution devant la Cour Internationale de Justice*, 19 Annuaire Français de Droit International (1973).

63. *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. 1973, p. 118 y p. 153.

es decir, que la Corte siempre tiene jurisdicción para determinar su jurisdicción (Artículo 36, párrafo 6 del Estatuto).⁶⁴ En todo caso, es concebible que en los asuntos internacionales – en que tienen gran importancia las apariencias – hay al menos una semblanza de excusa para que un país no comparezca antes de la determinación de jurisdicción. La acción de Estados Unidos careció incluso de esta apariencia de legalidad y fue por esta razón que la Corte estuvo muy en lo correcto al señalar que “el impacto negativo sobre la debida administración de la justicia” era hasta mayor.

2) Un comentario desafortunado de este *dictum* de la Corte es la afirmación de que como EEUU “participó” en los procedimientos de hecho había reconocido “que la Corte tenía la potestad de determinar su propia jurisdicción para fallar en cuanto a los méritos.” Aunque la Corte se apresuró a señalar que la no- ‘participación’ de una parte “bajo ninguna circunstancia puede afectar la validez de su Sentencia”, creo que la Corte no debió asignar significado especial a este reconocimiento implícito de sus poderes. EEUU estaba obligado por obligaciones explícitas de tratados a reconocer estos poderes de la Corte y el reconocimiento implícito de los poderes de la Corte no quita ni añade a esa obligación. El comentario puede prestarse para crear confusión en particular si se esgrime en el contexto de que se trata de un *dictum* cuyo propósito era explicar “las características especiales” de este caso.

3) El párrafo tiene un comentario a la afirmación de EEUU en su carta del 18 de enero de 1985, en el sentido que “se reserva sus derechos respecto de cualquier decisión de la Corte.” La Corte afirma escuetamente que tal reserva “claramente carece de efecto sobre la validez de su decisión.” Es un comentario que parece muy tímido si tomamos en cuenta que estamos frente a un gran reto a las potestades de la Corte. El Juez Ruda fue muy claro al expresar su desacuerdo. En su opinión separada dijo:

“Al igual que cualquier signatario del Estatuto, los EEUU están obligados por las decisiones que toma la Corte y no hay derecho a reservas excepto el derecho a que las otras partes también cumplan con su obligación.”⁶⁵

3. El significado de “asegurarse”

El párrafo 2 del Artículo 53 impone a la Corte el deber no solo de asegurarse que tiene jurisdicción – lo cual ya había hecho en este caso – sino también de asegurarse que la demanda está bien fundamentada en cuanto a los

64. *Thirway*, op. cit., p. 40-41.

65. *I.C.J. Reports 1986*, p. 174, párr. 6.

hechos y el derecho. A estos efectos, la Corte comienza exponiendo “los principios que le guían” en su comprensión del uso de la expresión “asegurarse sobre el derecho y los hechos. El párrafo 30 de la Sentencia dice:

“En cuanto a los hechos del presente caso, en principio la Corte no está obligada a limitar su consideración al material que le ha sido sometido formalmente por las partes (cf. *Brazilian Loans*, P.C.I.J., Serie A, Número 20/21, p. 124; *Pruebas Nucleares*, I.C.J. Reports 1974, páginas 263-264, párrafos 31, 32). No obstante, sobre la base de sus propias indagaciones la Corte no puede compensar completamente por la ausencia de una de las Partes; esa ausencia en este tipo de caso en que hay amplias cuestiones factuales, necesariamente limita hasta dónde qué punto la Corte es informada sobre los hechos. Además, sería una simplificación crasa concluir que la única consecuencia perjudicial de la ausencia de una parte es la falta de la oportunidad de someter argumentos y evidencia para fundamentar su propio caso. Los procedimientos de la Corte requieren de la vigilancia de todos. La parte ausente también renuncia la oportunidad de contrarrestar las alegaciones de hecho de su oponente. Por supuesto, le corresponde a la parte compareciente probar sus alegaciones. No obstante, como ha sostenido la Corte:

‘Aunque el Artículo 53 obliga a la Corte a considerar lo que somete la Parte compareciente, no obliga a la Corte a examinar la veracidad en todos sus detalles, porque en ciertos casos donde no hay oposición esto podría resultar imposible en la práctica.’ (*Corfu Channel*, I.C.J. Reports 1949, página 248)”.

Por tanto, la parte no compareciente está sujeta a algunos efectos tales como: (i) la ausencia de oportunidad de someter argumentos y evidencia que apoyen su caso; (ii) renuncia a la oportunidad de rebatir las alegaciones de hecho de la otra parte; y (iii) ya que la Corte no puede examinar en detalle la veracidad de lo sometido, presumiblemente, debe aceptar con algún margen de buena fe la veracidad de los hechos (o de algunos de ellos) presentados por la parte compareciente.

Hasta este punto, la Corte venía exponiendo lo que llamó “los principios que le guían” en su aplicación del artículo 53. A continuación pasó a examinar “la experiencia en casos previos”. En primer lugar, esta experiencia demuestra que “está en juego algo” más allá de “los principios que le guían”. Este algo más es el hecho que la parte no-compareciente frecuentemente “somete cartas y documentos a la Corte, de manera y por medios no contemplados en el Reglamento.”

Esto ha sido muy cierto en los casos previos de no comparecencia. La forma de estos documentos no-oficiales y el procedimiento que siguió la Secretaría de la Corte luego de recibirlos, fue como sigue:

1) En los Casos de la *Jurisdicción en Materia de Pesquerías*, Islandia envió varias comunicaciones a la Corte. De éstas la más importante fue una carta enviada el 29 de mayo de 1972 – aproximadamente seis semanas luego de presentada la Solicitud por el Reino Unido. Esta carta, acompañada de varios Anejos, explicaba su posición sobre jurisdicción y méritos. Luego la Secretaría envió copia de esta Comunicación a las demás partes.

2) En los Casos de los *Ensayos Nucleares*, el Embajador de Francia ante los Países Bajos envió a la Secretaría una carta con un anejo. En la misma el Embajador explica la posición de Francia de que la Corte no tenía competencia en el caso y, por tanto, Francia no aceptaba su jurisdicción y solicitaba que el caso fuera eliminado de la lista. También indicaba que no designaría un Agente. El Secretario hizo llegar a los Solicitantes copias de estas comunicaciones.

3) En el caso de la *Plataforma Continental del Mar Egeo*, el día de inicio de los Argumentos Orales sobre las medidas interinas solicitadas por Grecia, el Secretario General de Ministerio del Exterior de Turquía envió un telegrama a la Secretaría en el cual anunciaba que estaban enviando sus observaciones escritas por mensajero. Estas efectivamente llegaron al día siguiente y fueron transmitidas a Grecia por la Secretaría. En cada etapa pertinente del caso en que tenía que comparecer ante la Corte, Turquía procedió de igual manera: No estuvo presente ningún Agente, no se introdujo ninguna memoria formal ni Argumento Oral, en su lugar, enviaba a la Corte una carta remitida a la Secretaría en las que respetuosamente expresaba su punto de vista.

4) En el caso del *Personal Diplomático y consular de las Estados Unidos en Teherán*, Irán procedió de manera parecida: el Ministro del Exterior de Irán envió a la Corte dos comunicaciones explicando su punto de vista: la primera, se recibió diez días después de radicada la Solicitud de Estados Unidos, y la segunda se recibió el día antes del inicio de las Vistas Orales sobre Jurisdicción y los Méritos del Caso. A ambas comunicaciones se les dió lectura a fin de su incorporación al acta de la audiencia pública de la Corte, antes de darle la palabra al Agente de Estados Unidos.⁶⁶ De hecho, la Corte fue más allá: al inicio de los Argumentos sobre los Méritos, el Presidente le pidió al Agente de Estados Unidos que comentara la comunicación enviada por Irán,

66. I.C.J. *Pleadings, United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, pp. 18-19, and 253-254.

y también que le informara a la Corte los puntos de vista de su Gobierno sobre varios puntos “lo cual le avisé con anticipación.”⁶⁷

Claramente, la experiencia previa había sido que la parte no-compareciente sometía a la Corte “cartas y documentos, de forma y por medios no contemplados en el Reglamento”, pero que estos documentos eran firmados por autoridades competentes y dirigidos directamente a la Corte dentro de plazos razonables y útiles para poder ser tomados en cuenta. En cada caso, la Corte le remitió estos documentos a la otra Parte.

En el caso de Nicaragua, el resultado final de la lucha entre “los principios que le guían” y la “experiencia” fue la gran flexibilidad con la cual se recibió cualquier gesto del ausente. La Corte tomó en cuenta documentos y declaraciones emitidos por Estados Unidos fuera de la Corte y que no fueron dirigidos a la Corte o entregados oficialmente a la Corte para su uso en el Caso ni la Secretaría informo al Estado presente que se estaban dando por recibidos esos informes. La situación fue como sigue: Del 12 al 13 y 16 al 20 de septiembre de 1985, la Corte celebró vistas públicas sobre el fondo del asunto. Al mismo tiempo, el Departamento de Estado de Estados Unidos emitió una publicación sobre Nicaragua que fue recibida en la Corte ya por finalizar las audiencias públicas. Este envío provenía del servicio de información de los EEUU (USIS) que tiene por oficio divulgar las noticias que interesan a ese Estado. Es un simple noticiero informativo estatal que se distribuye varias veces por semana en todo el mundo.

La Corte en el párrafo 73 de su Sentencia, explica el manejo que le dio a esas informaciones recibidas en el transcurso de las audiencias orales:

“Además, la Corte está consciente de la existencia y el contenido de una publicación del Departamento de Estado de Estados Unidos titulada “La revolución más allá de nuestras fronteras” la intervención Sandinista en Centroamérica tenía como propósito justificar la política de Estados Unidos hacia Nicaragua. Esta publicación fue emitida en septiembre de 1985, y a petición de Estados Unidos fue circulada el 6 de noviembre de 1985 como documento oficial de la Asamblea General de Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad (A/40/858; S/17612);⁶⁸ en respuesta Nicaragua había circulado una carta al Secretario General, adjuntando *inter alia* un extracto de su Memoria sobre los Méritos y un extracto de los *records verbatim* de las audiencias orales en el caso (A/40/907; S/17639). La publicación de Estados Unidos no fue sometida a la Corte de ninguna

67. Ibid p. 254.

68. El documento fue circulado dos meses después de concluidos todos los alegatos ante la Corte.

de las maneras formales contempladas en el Estatuto y las Normas de la Corte, aunque el 13 de septiembre de 1985 la Oficina de Información de Estados Unidos en La Haya envió copias a un oficial de la Secretaría para que la hiciera llegar a cualquier persona en la Corte que le interesara el tema. Durante las audiencias orales, los representantes de Nicaragua ante la Corte estaban conscientes de la existencia de la publicación, ya que en una pregunta planteada al Agente de Nicaragua por un Miembro de la Corte hacía referencia a la misma. Ellos no intentaron refutar ante la Corte lo que decía esa publicación, sino que señalaron que materiales de este tipo ‘no constituyen evidencia en este caso’, y a renglón seguido sugirieron que el mismo ‘no puede ser considerado por la Corte’. No obstante, la Corte considera que en vista de las circunstancias especiales del caso, dentro de algunos límites puede hacer uso de información contenida en tal publicación”.

Se pueden hacer varias observaciones sobre este párrafo:

- (i) No se trata de una comunicación “no-oficial” a la Corte del mismo tipo aceptada en el pasado. Si este documento se hubiera entregado a la Secretaría con una carta del Embajador de Estados Unidos ante La Haya que indicara su propósito, entonces su carácter de “no-oficial” hubiera sido consonante con “la experiencia pasada”.
- (ii) La experiencia anterior era que estos documentos no-oficiales eran comunicados a la otra Parte. Por tanto, la otra parte notificada podía decidir si debía hacer referencia a los mismos. La copia de la publicación del Departamento de Estado no fue entregada al Agente de Nicaragua por la Secretaría. Presumiblemente, la Secretaría no lo hizo porque hubiera sido como enviar al Agente una copia de los comunicados de prensa o servicios de noticias que se recibían diariamente en la Secretaría.⁶⁹ Pero si esta comunicación completamente informal, que llegó a la Secretaría de la misma forma que los periódicos y boletines noticiosos que llegan a diario, iba a ser contemplada como evidencia, entonces la Corte debió indicarle ese hecho a Nicaragua al momento en que tomó esa decisión. Es cierto que uno de los Jueces de la Corte leyó un pequeño trozo del texto de ese noticiero informativo de EEUU en relación a una pregunta que fue dirigida al Agente de Nicaragua un día

69. En el caso de los *Personal Diplomático*, los alegatos de los Estados Unidos incluyó pasajes tomados de los informes del Servicio de Información sobre Transmisiones Internacionales de los Estados Unidos, y el Agente estuvo obligado a dar explicaciones sobre esos informes. *I.C.J. Pleadings*, pp.329-330 y 513.

antes del cierre de los Alegatos Orales, pero no por ese hecho se convirtió ese documento en uno que debía de ser atendido por Nicaragua en su totalidad. La pregunta específica fue contestada pero no había obligación de refutar cada hecho alegado en el informativo, ni el Juez que citó esta publicación lo sugirió de manera alguna. Al momento de hacer esa pregunta ese Juez también citó varios artículos del *New York Times* y el *Washington Post*⁷⁰ – ¿pudo ello haber sido interpretado como indicio de que teníamos que revisar y clarificar todos los reportajes noticiosos que circulaban?

- (iii) No puede tener relevancia al caso el hecho que la Corte mencionara que este noticiero circuló en Naciones Unidas dos meses luego de finalizadas las vistas, porque en ese momento había concluido el plazo para todos los alegatos. Lo que iría más directamente al asunto es el hecho que esta información se trajo a la atención de la Corte después de iniciada la vista, y la primera mención de este informativo fue el día previo al cierre de los Argumentos Orales, los últimos Argumentos del caso.

4. Se le adjudican a la parte no compareciente más derechos que a las partes que comparecen

Al asignarle valor a los documentos de alguna manera hechos llegar a la Corte por las partes no comparecientes luego de iniciadas las audiencias públicas, les está otorgando más derechos que a las Partes que comparecen, ya que esta última debe atenerse a lo dispuesto por el artículo 52 del Estatuto que limita inequívocamente el término en que las partes pueden introducir documentos probatorios, y además otorga cierto poder de oponerse a la introducción a la otra parte. El Artículo 52 dice:

“Una vez recibidas las pruebas dentro del término fijado, la Corte podrá negarse a aceptar toda prueba adicional, oral o escrita, que una de las partes desee presentar, salvo que la otra de su consentimiento.”

Esta limitación se puede apreciar más claramente en el inciso 1 del artículo 56 del Reglamento de la Corte:

“Después del cierre del procedimiento escrito, no podrá producirse ningún documento nuevo a la Corte por ninguna de las partes a no ser con el

70. *Verbatim Record* de la Audiencia Pública realizada el 19 de septiembre de 1985 a las 10:00 A.M., pp. 6-14. (*I.C.J. Pleadings*, Vol. V).

asentimiento de la otra parte o de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 de este Artículo. La parte que desee producir un nuevo documento depositará su original o una copia certificada conforme del mismo, con el número de ejemplares requeridos por la Secretaría de la Corte, la cual será responsable de transmitirlo a la otra parte y de informar a la Corte. Se entenderá que la otra parte asiente si no suscita objeciones a la producción del documento.”

La Corte es sumamente estricta sobre este punto. Al respecto anoto el siguiente incidente. Durante una Audiencia Pública celebrada en el Palacio de la Paz el 9 de junio de 1988 a las 10:00am referente al caso sobre las *Acciones Armadas en y dentro de la Frontera (Nicaragua v. Honduras)*, el Agente de Nicaragua citó dos artículos de prensa de periódicos hondureños, y de un comunicado de prensa del Ministerio de Asuntos Exteriores de Honduras, ambos pues, de pleno conocimiento de la otra parte. Esto llevó a la interrupción de la intervención del Agente por parte del Presidente de la Corte – un evento bastante inusual – a fin de preguntarle al Agente: ¿Pondrá Ud. estos documentos a disposición de la Corte y de Honduras?”

Cuando el Agente había terminado de hablar, antes de dar la palabra al siguiente orador, el Presidente dijo:

“Quisiera recordarle a las partes sobre el Artículo 56, párrafo 4, de las Reglas de la Corte el cual dice: “Durante las vistas no podrá hacerse referencia alguna al contenido de ningún documento que no haya sido producido de acuerdo con el Artículo 43 del Estatuto o con este Artículo, salvo si el documento forma parte de una publicación fácilmente asequible.” Acepté que Ud. hiciera referencia al documento al principio de su intervención porque entendí que estos documentos son amparados por la última parte de este Artículo 56, párrafo 4, del Reglamento de la Corte y que éstas son publicaciones fácilmente asequibles, pero para mejor entender sus posiciones le requiero a ambas Partes, que cualquier documento que vayan a presentar ante la Corte debe ser entregado antes del inicio de cada audiencia oral...”

Parecería una propuesta evidente que la Corte debe ser al menos tan estricta con las partes no-comparecientes como con las partes comparecientes⁷¹. Como absoluto mínimo, no debe aceptar documentos circulados después de

71. “La intención del Artículo 53 era que en caso de no comparecencia ninguna de las Partes deber ser puesta en desventaja.” (Párr. 31 de la Sentencia de Fondo de 1986, *I.C.J. Reports* 1986).

iniciadas las vistas orales y que si ha de considerar cualesquiera documentos no-oficiales, debe indicar a la parte compareciente cuáles son éstos documentos o afirmaciones, y que éstos deben ser tomados en cuenta durante las vistas orales. La Corte tiene el poder de hacer esto: el Artículo 49 del Estatuto dice inequívocamente que la Corte podrá solicitar explicaciones de los agentes incluso antes del inicio de las vistas orales... y hemos mencionado el uso que le ha dado a esta potestad en el caso de los Rehenes.⁷²

Thirlway sugiere que sería impráctico intentar aislar a los Miembros de la Corte de las comunicaciones enviadas al Registro por el Estado no compareciente, ya que a esto se le puede dar la vuelta enviándolas directamente a los Miembros de la Corte.⁷³ Pero esta no es la cuestión realmente importante. El problema práctico no es si la Corte debe sustraerse de la comunicación, sino qué debe hacer con ella. Si es un argumento de la parte ausente basado en hechos que la Corte ya tiene ante sí, entonces ciertamente no hay problema en que la Corte la considere. Estaría de acuerdo con Thirlway de que en este caso sería prácticamente imposible que la Corte, o la parte compareciente, ignoraran el argumento. Pero el asunto es diferente cuando se trata de presentar nuevas pruebas, o nuevos documentos que la Corte no tiene ante sí. ¿Deben éstos ser tomados en consideración? Esto precisamente es lo que ocurrió en el caso de Nicaragua y sin mediar ningún tipo de advertencia a Nicaragua de que así se haría.

Otra cuestión es hasta qué punto puede o debe la Corte o sus Miembros sustituir a la parte no-compareciente. En el caso que tratamos un miembro de la Corte interrogó intensamente a los testigos presentados por Nicaragua, ni más ni menos como lo pudo haber hecho cualquier abogado de EEUU que hubiera estado al frente del interrogatorio.

En la declaración de resumen de las vistas orales sobre la fase de los méritos

72. De hecho, los Estados Unidos en su Memoria solicitó explícitamente a la Corte indicar cualquier punto que considerara que debían ser abordados: “En vista de la situación de desventaja en la que los Estados Unidos trabaja en el intento de anticipar argumentos inarticulados que podrían ser dados en contra de la jurisdicción de la Corte, los Estados Unidos respetuosamente solicita que, antes que de que la Corte adopte una decisión sobre la base de cualquier punto no abordado en esta Memoria o abordado de una manera no satisfactoria, la Corte permita a los Estados Unidos la oportunidad de elaborar dicho punto, ya sea por medio de un escrito o presentación oral ante la Corte”, *I.C.J. Pleadings*, p. 144, pie de página 4. (“In view of the disadvantage under which the United States labours in attempting to anticipate unarticulated arguments which might be made against the Court's jurisdiction, the United States would respectfully request that, before the Court makes a decision on any ground not addressed in this Memorial or addressed in a manner not satisfactory to the Court, the Court permit the United States the opportunity to address that ground, either by way of written submission or oral presentation to the Court.”)

73. *Op. Cit.* Páginas. 148-150.

tos del caso contra Estados Unidos, celebradas el 20 de septiembre de 1985, el Agente de Nicaragua afirmó:

“...Nicaragua no acepta la tesis de que el artículo 53 del Estatuto significa que la Corte está obligado a actuar como abogado del estado no compareciente. El Artículo 53 no puede significar que el estado no-compareciente tiene más derechos que si hubiera comparecido ante la Corte. En particular, el artículo 53 no significa que el demandado, sobre quien usualmente recae el peso de probar sus medios de defensa, puede transferir esa carga sencillamente no compareciendo. Lo único que dice el artículo 53 es que no puede haber una Sentencia automática en contra del ausente, y que la Corte tiene que estar convencida de que los reclamos del solicitante están adecuadamente fundamentados. Ciertamente, el Artículo 53 no significa que la Corte está obligada a formular argumentos que la parte ausente hubiera podido formular, y mucho menos que la Corte puede introducir elementos de hecho que no son parte de los argumentos y que no han sido sometidos al análisis crítico de la parte adversa. Eso sería castigar al estado que sí comparece ante la Corte. También le impondría al abogado, y en particular al agente de la parte compareciente, la confusión de ser sometido a las declaraciones semejante a argumentos de la parte ausente que pudiera hacer la Corte ya que debido al respeto que se le debe a todos los miembros de la Corte, no podían ser refutados con toda la libertad de expresión que imponen las circunstancias.”

5. La no-comparecencia, una política atractiva para los Estados

En conclusión, la Corte está construyendo un procedimiento legal que hace atractivo el que los Estados litiguen no compareciendo a la Corte, y ha rehusado tomar pasos que pudieran disuadir esta práctica.⁷⁴ Definitivamente, ésta no fue la intención del artículo 53. Si el pensamiento detrás de esta nueva interpretación del artículo 53 es que los Estados no-comparecientes y otros que en el pasado han obviado a la Corte, estarán menos renuentes de acudir ante la misma, temo que se trata solo de ilusiones. La realidad es que cualquier país acudiría si pensara que tiene una buena posibilidad de ganar. Los casos en que los Estados no han acudido o que han desaparecido como Estados Unidos, han sido casos en que los países percibían que el ordenamiento jurídico internacional del momento no favorecía sus posiciones o que sus prue-

74. Afortunadamente, hasta el momento parecería que los Estados no han querido aprovecharse de este procedimiento.

bas o sus argumentos eran insuficientes. De hecho, este procedimiento, no promoverá ni beneficiará la causa de la solución pacífica de los conflictos por medio de la adjudicación internacional. Es todo lo contrario. Mi lectura es que justifica la no-comparecencia. Es irrealista la idea de que al ejercer demasiada flexibilidad en aras de ofrecer garantías a las partes no-comparecientes, la C.I.J. les convencerá de que su práctica es errada. Los Estados que no comparecen saben exactamente lo que buscan.

En el caso de Nicaragua, EEUU no desapareció por falta de confianza en la Corte – aunque suena poco elegante mencionarlo – porque la composición de la Corte era casi igual a su composición cuando EEUU llevó el caso del Personal Diplomático apenas cuatro años atrás. La diferencia era que en aquel caso estaba seguro que prevalecería, mientras que en el otro estaba seguro que sería derrotado una vez que la Corte determinara que tenía jurisdicción. Así que escogió la mejor opción a su disposición: defendió su posición sobre la cuestión de jurisdicción con todas las armas legales que tenía a su disposición y desapareció luego de ser vencido para así defender mejor su caso con las armas políticas disponibles fuera de la Corte, y con el convencimiento de que la Corte misma sería el mejor sustituto a cualquier defensa legal posible.

El tema que venimos tratando fue discutido por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión en Basilea en 1991. El Instituto llamó la atención sobre las dificultades que la no comparecencia presentaba a la Corte y a la otra parte y la necesidad de que la Corte mantuviera el principio de la igualdad de las partes. También recuerda en el artículo 2 de su resolución que los Estados deben tener presente su obligación de cooperar en el cumplimiento de las funciones de la Corte.

La razón para haber traído este asunto ante el IHLADI no es para repetir un tema que ya fue tratado por otro Instituto desde un punto de vista abstracto.⁷⁵ El objetivo presente es poner a la vista un caso concreto en que probablemente por circunstancias muy especiales, no se mantuvo el principio de igualdad de las partes.

6. Los Alegatos Orales

El tema del procedimiento oral (audiencias o vistas públicas) ante la Corte pareciera salir del tema de la igualdad de las partes, de la igualdad procesal que es del que se ocupa esta ponencia. Sin embargo, es un aspecto del proce-

75. Cuando el Instituto de Derecho Internacional se reunió en Basilea y consideró el tema del Estado no compareciente, el caso de Nicaragua contra EEUU todavía se encontraba ante la Corte.

so que inevitablemente proporciona ventajas a los países más ricos y a los anglófonos o francófonos. Por otro lado, se podría alegar en pro de la fase oral que esta es una fase imprescindible del proceso tanto por lo que intelectualmente aporta como porque es parte obligatoria del proceso conforme al Estatuto. Veamos.

7. Utilidad del procedimiento oral

Hace setenta años, la reunión de 1943-1944 del Comité Informal Inter-aliado de Expertos celebrada a fin de crear la Corte actual, consideró la cuestión de la utilidad de los argumentos orales. Fue su impresión de que "en ciertos casos éstos han conllevado una pérdida de tiempo, al obligar a las partes a poco más que repetir los argumentos ya planteados de manera completa (y más adecuadamente) en los argumentos escritos." Pero no llegaron a recomendar su eliminación ya que consideraron que los argumentos orales tienen "un valor psicológico considerable y sirven como un punto importante para enfocar el trabajo de la Corte."⁷⁶

Hace 40 años, las razones presentadas para la revisión del Reglamento en 1972, incluyeron un comentario en el sentido de que los argumentos orales "tendían a ser repetitivos y demasiado extensos".⁷⁷

A 20 años de aquella revisión, en distintos foros celebrados en ocasión del 50 Aniversario de la Corte, prominentes miembros de la misma sugirieron que la duración de los argumentos orales debía reducirse.^{78 79} Un ex - Presidente, aunque creía firmemente en la importancia de la fase oral, fue tan lejos como cuestionar la necesidad de publicar la mayoría de los alegatos orales que usualmente son repetitivos de los alegatos escritos.⁸⁰ Sir Robert Jennings, por su parte, sugirió que acortar el límite de tiempo para los argumentos orales "haría enfocar notablemente la mente de los abogados"⁸¹.

En ocasión del 60 aniversario de la Corte, ésta celebró un coloquio en el que, entre otros asuntos, se abordó el tema de los alegatos orales, reiterándos-

76. Citado en Rosenne, *The Law and Practice of the ICJ*, 3d Ed., Vol. 3, p. 1317.

77. *The Amendments to the Rules of Procedure*, 67 AJIL, 1973, p. 6.

78. *La CIJ: Quelques propositions concrètes à l'occasion du Cinquantenaire*, Revue Générale de DIP, Tome C. 1996, p. 328 y en *The Future of international Judicial Institutions*, ICLQ, 1995, p. 854.

79. *The Role of the ICJ*, 68 BYIL, 1997, p. 13-19.

80. *Ibid.*, AJIL p. 499. Es claro que hoy en día que no cuesta la publicación de la documentación vía internet, esta sugerencia puede sonar algo anacrónica.

81. *The ICJ after 50 Years*, 89 AJIL, 1995, p. 498.

se puntos de vistas similares a las conclusiones llegadas en años anteriores.⁸²

Cuales han sido las sugerencias que se han hecho a fin de hacer la fase oral menos repetitiva y transformarla en una nueva fase del proceso verdaderamente útil?

Luego del comentario arriba citado, el Comité Informal Inter-aliado sugirió que sería una ventaja que los argumentos orales se limitaran a responder a los puntos traídos en los últimos argumentos escritos de la otra parte, y a dirigirse a los puntos específicos que la Corte pudiese indicar.

La primera revisión del Reglamento realizada por la Corte actual en 1972 en cierto sentido aspiró a implementar estas sugerencias. El Artículo 61 (1), añadido en ese momento, estipula que la Corte tiene la potestad de indicarle a las Partes los puntos que deben atender de manera particular, o los puntos que considera han sido suficientemente discutidos. Para evitar la repetición de los argumentos, se añadió el artículo 60, que estipula que los argumentos orales deben ser breves y deben dirigirse a los temas que aún mantienen distancias a las partes.

El inciso 1 del artículo 61 no surgió de la nada, en realidad es una paráfrasis del artículo 49 del Estatuto el cual estipula que La Corte puede pedirle a los agentes que produzcan cualesquiera documentos o que suplan cualesquiera explicaciones. Puede considerarse también como una implementación del artículo 48 del Estatuto, el cual estipula que la Corte puede decidir y emitir órdenes sobre la conducción del caso. Esta estipulación del Reglamento fue reforzada por el Artículo 1(i) de la Resolución sobre la práctica Judicial Interna de la Corte adoptada el 12 de abril de 1976 en la cual se insta a una deliberación previa al inicio de los argumentos orales a fin de determinar si se considera necesario pedir explicaciones a las partes durante el curso de los procedimientos orales.

Estas disposiciones del Estatuto y las nuevas disposiciones del Reglamento tratando de acortar y hacer más pertinente la fase oral realmente no han sido implementadas por la Corte. La directriz de que los alegatos orales deben dirigirse a los temas que aún dividen a las Partes no es realista suponer que pueda ser implementada *motu proprio*. Aún después de dos rondas de alegatos escritos con réplicas y dúplicas es inevitable que si no hay instrucciones expresas contrarias, las partes se crearán en la obligación o conveniencia de repetir todos los alegatos a fin de no dar la impresión que se subestima o se abandona alguno de ellos. La única posibilidad de cambio es si la Corte usa sus facultades y encamina el debate. El hecho de que las partes sean Estados soberanos no puede ser utilizado como argumento para restringir el

82. *A Dialogue at the Court*, editado y publicado por la Secretaría de la Corte, 2006, pgs. 22-26.

uso de esta facultad aun cuando, indica Sir Robert Jennings, esa es "la excusa que usualmente se da para tal absurdo que una no puede pedirle eso a Estados soberanos."⁸³ Esos Estados soberanos han puesto en manos de la Corte la determinación de sus derechos soberanos. En este sentido sus derechos soberanos permanecen fuera de la puerta del Palacio de la Paz.

Ahora bien, la situación existente cuando el Comité Informal se reunía en 1943 ha cambiado, al igual que había cambiado en 1972 cuando se revisó el Reglamento de 1946. El mejor ejemplo de este cambio puede apreciarse al comparar el Informe de 1979 de la Corte Internacional de Justicia (el cual consta de cuatro páginas, dos en inglés y dos en francés) con el informe emitido veinte años más tarde: el Informe de 1999 consta de más de 1200 páginas obligando a su publicación en dos gruesos volúmenes.

Por esta razón también la situación actual hace que sea tanto más necesaria una re-evaluación de los argumentos orales. La fase oral no es solo la más costosa para las partes sino también la más onerosa para la Corte y la que más tiempo consume a los jueces.

8. La importancia política y social de la vista pública

Además de su función estrictamente jurídica de determinar el derecho aplicable a un caso concreto, que es principalmente de interés para las partes involucradas, la Corte como parte de un sistema político internacional tiene también la función de dejar ver que se está impartiendo justicia. En este aspecto, la Corte Internacional no se distingue de las cortes nacionales estando sujeta por igual al escrutinio y asecho de los medios de comunicación y la opinión pública, en particular, en ciertos casos de gran interés internacional. No se puede negar que aparte de la lectura de las sentencias y de algunas ordenanzas, la ocasión de los argumentos orales es el único otro momento en que el público tiene la oportunidad de ser testigo de lo que se hace en la Corte y ante la Corte.

9. La obligación legal de celebrar la fase oral

Se discute si el procedimiento oral es una fase obligatoria de los procedimientos ante la Corte? El artículo 43(1) del Estatuto parece responder inequívocamente a esta pregunta al decir: El procedimiento constará de dos partes:

83. *Ibid.*, BYIL, p. 11.

una escrita y una oral.⁸⁴ Esta estipulación no distingue el tipo de procedimiento de que se trate, por tanto, pareciera que se aplica a cualquier procedimiento radicado ante la Corte. Sin embargo, la Corte Permanente de Justicia Internacional prontamente encontró una excepción a un procedimiento que por definición podría ser excluido de esta camisa de fuerza: las salas de procedimiento sumario del Artículo 29 del Estatuto. La evolución de los sucesivos Reglamentos ha extendido esta práctica a todas las Salas, una práctica que, según tipifica el Dr. Rosenne, "deroga el artículo 43-1".⁸⁵

Además de los casos de las Salas, en gran parte de los procedimientos incidentales, los procedimientos orales no se considera que sean esenciales, incluyendo ciertas solicitudes de intervención (84-2)⁸⁶, la presentación de objeciones preliminares (Reglas, 74-4), contra-demandas (Reglas, 80-3)⁸⁷, y hasta las peticiones de interpretación⁸⁸. Aunque hay una opinión impresionante en el sentido que la Corte carece de autorización para obviar los procedimientos orales en la fase de consideración del fondo, incluso con el consentimiento de las Partes, en realidad no logramos encontrar una posición clara sobre este tema por parte de la Corte. El precedente que se cita para apoyar esta afirmación es el caso de Haya de la Torre. Este es un caso en que ambas partes se pusieron de acuerdo para prescindir de los argumentos orales y, no obstante, la Corte decidió celebrarlos. Pero la nota de la Secretaría solo dice que La Corte consideró que la solicitud no procedía en ese caso específico ("estimant qu'en l'affaire Haya de la Torre, il n'y a pas lieu de se départir de la règle énoncée à l'article 43, paragraphe 1, du Statut")⁸⁹. En ese caso la decisión no es concluyente y debido a la práctica subsiguiente en las Salas,

84. Si la obligatoriedad de los alegatos públicos se midiera por el número de artículos que le dedican el Estatuto y el Reglamento, la fase oral se llevaría fácilmente la palma. El Estatuto básicamente dedica solo un artículo a los argumentos escritos (Art. 43) mientras que la mayoría de sus artículos 43 – 54 tratan de los argumentos orales. Asimismo, el Reglamento dedica 18 artículos a los argumentos orales (54 – 72) y solo nueve a los argumentos escritos (43 – 53).

85. Rosenne, *opus cit.*, p. 1393.

86. Aún mediando oposición, como la solicitud de El Salvador de intervenir en el caso de Nicaragua contra EEUU en la fase jurisdiccional de ese caso. Ver Ordenanza del 4 de Octubre de 1984. *Declaration of Intervention, Order of 4 October 1984, I.C.J. Reports 1984*, p.215.

87. Nicaragua presentó contra demandas en un caso con Costa Rica y no se dieron audiencias para resolverlo. Ver *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua); Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Counter-Claims, Order of 18 April 2013, *I.C.J. Reports 2013*, p. 200.

88. En el caso de la petición de interpretación en el caso del Asilo de Haya de la Torre. *Request for interpretation of the Judgment of November 20th, 1950, in the asylum case, Judgment of November 27th, 1950: I. C. J. Reports 1950*, p. 395."

89. *I.C.J. Pleadings*, p. 210.

pareciera que a la Corte nada le impide que, en consulta con las partes, prescindiera de los argumentos orales.

Esta cuestión del aspecto práctico de los argumentos orales que ahora parece prevalecer en los tribunales internacionales dio pie a cuestionar su utilidad a raíz de la mucha bulla y poco resultado del proceso que se le siguió a Milosevic. El *Herald Tribune*, a pesar de ser un periódico dentro de la tradición anglosajona, publicó un artículo coetáneo con el fallecimiento de Milosevic en el que comentaba lo siguiente:

“Hay mucho debate interno en cuanto a si el sistema de derecho común que prevalece al presente y en el que la mayor parte de la evidencia se tiene que escuchar oralmente en plena sala, no deba acercarse más al sistema inquisitorial en que los jueces juegan un papel más activo y se acepta más evidencia de forma escrita.”⁹⁰

No obstante lo dicho hasta aquí, parecería que el caso Nicaragua contra EEUU tiende a sustentar la importancia de los argumentos orales para la presentación de testigos. La gran cantidad de comentarios de la Corte sobre la prueba presentada por Nicaragua y, en particular, sobre los testigos que presentó ante la Corte, parecería demostrar la importancia de los argumentos orales y de la presentación de testigos. Pero en los foros de opinión pública internacional no se le dio mucha importancia a las declaraciones testimoniales; es decir, no resultó ser un proceso instructivo para el público en general. Y, más importante, la Sentencia de la Corte pudo haberse dictado exactamente igual sin la presencia de los testigos.

Entonces, de hecho, hasta en este caso que usualmente se señala como ejemplo de la importancia del testimonio en vivo, el resultado del ejercicio no tuvo gran importancia en lo que fue el fallo de la Corte.

De lo anterior podemos concluir que la fase oral aporta poco material útil en la resolución de los casos y que bien podría obviarse con el consentimiento de las partes o acortarse el tiempo sustancialmente por la propia Corte. En la parte final haremos algunas sugerencias de cómo podría mejorarse el sistema sin que implique cambios constitucionales. Pero por ahora paso a los perjuicios que ocasiona además del tiempo que consume.

10. Las costas de los Argumentos Orales

Para las Partes los argumentos orales representan cerca del 50 por ciento de las costas que se incurren directamente en la elaboración y presentación de

90. M. Simons, “*Hoped for Legacy of the Milosevic Trial*” (Letter from The Hague), IHT Mar. 30, 2006.

la argumentación ante la Corte. Esta afirmación la baso en propia experiencia después de servir de Agente en más de diez casos principales ante la Corte.

Para los argumentos orales el Estado litigante tiene que tener a su servicio a los más expertos abogados internacionales anglófonos y francófonos no solo para la elaboración y presentación de los argumentos ante la Corte sino para estar presente para escuchar y contestar los argumentos de la otra parte. Esto es extremadamente costoso, en particular en casos inusuales como por ejemplo el de El Salvador/Honduras: en que intervino Nicaragua y en el que se celebraron 50 vistas públicas. Cincuenta vistas implican que hay que estar presentes ante la Corte no solo 50 días sino también dedicar otros días a la preparación de los argumentos. En fin, las audiencias orales implican tener a una brigada de abogados y técnicos durante una larga temporada en La Haya. Aún en los casos más corrientes en que se señala 3 semanas de audiencias públicas esto significa un mes por lo menos de estadía del equipo entero en La Haya.

El retraso que estos procedimientos tan extensos generan para La Corte implica gastos continuos para las partes (afectando inevitablemente más a los más pobres) porque se ven obligadas a incrementar considerablemente su presencia en La Haya con más personal y más espacio de oficina mientras el caso sigue pendiente – por mencionar solo algunos de los gastos.

11. Desventajas para los juristas cuya lengua nativa no es el inglés o el francés

De entrada debemos advertir que no pretendemos discutir el agregar otros idiomas oficiales a los de la Corte ni sugerir que el litigar en español con traducción sea lo ideal. En lo primero porque ya dos idiomas hacen engorroso y más costoso el procedimiento y en lo segundo porque para la mayoría de los jueces que están escuchando la traducción de un alegato, el impacto del mismo no es igual a estarlo entendiendo en directo, y siempre estaría en ventaja el que tenga la oportunidad de dirigir la palabra en un idioma que entiendan la mayoría de los jueces.

Los alegatos escritos no presentan mayor problema. Se escriben en el idioma original y son cuidadosamente traducidos y con amplio margen de tiempo al inglés o al francés. El problema son los alegatos orales en que siempre está en desventaja el que no es anglófono o francófono. Ciertamente hoy por hoy muchísimos juristas entienden inglés pero eso no suprime la desventaja de estar redactando en ese idioma de un día para otro para contestar los ale-

gatos de la contraparte. Aún con asistencia de traductor para la redacción del alegato que se va a leer ante la Corte, a veces he escuchado a los traductores del Palacio de la Paz comentar que este jurista o aquel no sabían si estaba hablando inglés, francés o español! No es extraño, pues, que la inmensa mayoría de los juristas que litigan ante la Corte sean anglófonos o francófonos.

En conclusión, la fase oral no es particularmente útil para mejor entender el asunto bajo conocimiento de la Corte, es muy costosa y ocasiona desigualdades entre las partes procesales.

Por lo anterior, concluimos esta sección con las siguientes sugerencias:

1. Los alegatos orales podrían ser una fase opcional del caso y esto lo puede decidir la Corte en consulta con las partes.
2. Los argumentos orales se escucharían solo para recibir testimonio no susceptible de ser presentado en forma de *affidavit*, o porque la otra parte o la Corte quisieran solicitar más explicaciones en persona. Cualesquiera argumentos basados en el testimonio rendido oralmente se sometería por escrito. Para cumplir con el propósito de que el público esté informado del trabajo de la Corte, se pudiera celebrar una sesión final pública que permita a las partes un último y breve comentario de una hora.⁹¹
3. Si se siguen celebrando vistas orales en la forma actual, la única forma de asegurar que sean breves y pertinentes es si previo a la apertura de las vistas la Corte le indica a las Partes los temas que desea se atiendan viva voce. Esto no le quitaría el derecho a las partes de presentar otros temas pero esto tendrían que hacerlo por escrito. Para hacer más expedito la selección de estos temas, la práctica interna de la Corte se puede enmendar a fin de considerar la creación de un Comité de tres (3) miembros que presenten estos puntos para la consideración de la Corte a fin que ella decida lo que deben exponer las partes durante la fase oral. Otros argumentos que, por ejemplo, se impongan debido a consideraciones políticas, pudieran ser presentados por escrito puesto que aunque no sean presentados verbalmente siempre se considerarían como presentados en la fase oral.

CONCLUSIÓN

Los tres casos que hemos revisado en este trabajo son muy conocidos y

⁹¹ En la Corte Suprema de EEUU las partes tienen media hora para hacer su presentación oral.

han sido objeto de estudio por eminentes juristas. El caso de Nicaragua contra EEUU abarca un sinnúmero de temas de derecho internacional que es usado casi como libro de texto en algunas cátedras. El caso de la intervención de Nicaragua ante la Sala Especial constituida a solicitud de El Salvador y Honduras fue el primer caso en que una solicitud de intervención en base al artículo 62 de Estatuto fue autorizada y ese aspecto ha sido objeto de mucho estudio académico y profesional. El caso de Nicaragua contra Colombia se falló hace relativamente poco tiempo pero también ha sido objeto de gran interés quizá en parte debido a la actitud tomada por Colombia ante el resultado del mismo. Sin embargo, los aspectos que hemos analizado han sido objeto de poco o ningún comentario.

A pesar de los comentarios que he hecho sobre el procedimiento oral, debo reconocer que la utilidad del mismo es fuertemente defendida por algunos eminentes juristas y litigantes. Sin embargo, creo que costaría mucho esfuerzo encontrar ejemplos en que del razonamiento de la Corte se deduzca que fueron de importancia los alegatos orales.

En general, los aspectos procesales son usualmente objeto de menos estudio que los temas de fondo y quizá eso explica en parte la poca atención que han recibido los puntos específicos que aquí hemos tratado. Pero es imprescindible velar por el debido proceso en el sistema judicial internacional. Y la garantía fundamental en todo debido proceso es la igualdad de las partes.

EL ESTADO FRENTE A SU JURISDICCIÓN TERRITORIAL

María Teresa INFANTE CAFFI (Chile)*
Miembro del IHLADI

SUMARIO: I.- La jurisdicción en la agenda internacional. II.- La jurisdicción como una emanación de la soberanía. III.- La jurisdicción para ejercer derechos. La jurisdicción como el ejercicio de una obligación. IV.- La jurisdicción territorial como origen o fuente del ejercicio extraterritorial de la competencia. V.- El ejercicio de la jurisdicción del Estado: de lo extraterritorial a lo universal. VI.- Propositiones finales.

I.- LA JURISDICCIÓN EN LA AGENDA INTERNACIONAL

La elección de este tema obedece al interés de volver a estudiar la jurisdicción del Estado, apoyándonos en la jurisprudencia contemporánea que expone los problemas que enfrentan los Estados, dejando en sus decisiones una huella sobre su visión del derecho internacional. En los casos examinados, la relación entre la jurisdicción territorial y la extraterritorial ha sido uno de los ejes del debate y en torno a éste, se desarrolla una de las áreas más ricas de la práctica del Estado.

La ponencia examina también, cómo se está planteando en la jurisprudencia internacional, el ejercicio de ese poder que constituye la jurisdicción, definido como: "[...] *an aspect of sovereignty: it refers to a state's competence under international law to regulate the conduct of natural and juridical persons*".¹ Se refiere por tanto a todas las formas de competencia: judicial, prescriptiva o legislativa y ejecutiva, cada una de las cuales tiene su propia esfera de aplicación.

Este concepto corresponde a la noción de competencia internacional del Estado, referida como un poder jurídico conferido o reconocido por el derecho internacional a un Estado, [...], a un órgano de ésta, eventualmente a un individuo, de conocer sobre un asunto, de adoptar una decisión, de hacer un

* minfantecaffi@mi.cl

1. J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed., Oxford University Press, 2012, p. 456

acto, de ejecutar una acción.² Un poder que jurídicamente tiene que ver con dos aspectos de un mismo fenómeno, que se manifiestan en el ejercicio de la jurisdicción y que la doctrina contemporánea pone de relieve:

– La jurisdicción del Estado (territorial o extraterritorial) se traduce en una actuación unilateral del Estado, ya sea a través de su legislación, de sus actuaciones de ejecución o mediante sus decisiones judiciales.

– La fundamentación acerca de por qué un Estado debe limitarse en el ejercicio de su jurisdicción o, si aquél está habilitado para extenderla más allá de sus límites físicos.

¿Cuál es la respuesta que da el derecho internacional sobre estos elementos? Una parte de la teoría desarrolla el concepto de cortesía (*comity*) o, también define como punto de partida la existencia de un interés en intervenir en el desarrollo de ciertos acontecimientos, de forma tal de prevenir la imposición de aquellos otros intereses que puedan afectar los propios; es decir, por reciprocidad. La doctrina aporta algunas respuestas interesantes y la jurisprudencia es útil para aterrizar los temas en casos concretos.

En el contexto jurídico, la autorrestricción de cada Estado basada simplemente en la cortesía o la moderación, no parece suficiente, pero es un factor utilizado para profundizar y dar fuerza teórica al tema. Recordemos lo que sostuvo Fitzmaurice³ en su opinión individual en el asunto Barcelona Traction Light and Power, donde se enfrentaron Bélgica y España en un litigio que duró casi dos décadas:

"70. In these circumstances the primary jurisdiction was clearly Canadian, and the Spanish courts should have declined jurisdiction, at least in the first instance and until the remedies available through the Canadian National Trust had been invoked. It is true that, under present conditions, international law does not impose hard and fast rules on States delimiting spheres of national jurisdiction in such matters (and there are of course others for instance in the fields of shipping, "anti-trust" legislation, etc.), but leaves to States a wide discretion in the matter. It does however (a) postulate the existence of limits-though in any given case it may be for the tribunal to indicate what these are for the purposes of that case; and (b) involve for every State an obligation to exercise moderation and restraint as to the extent of the jurisdiction assumed by its courts in cases having a foreign element, and to avoid undue encroachment on a

2. *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 132.

3. *Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd (Belgium v Spain)*, ICJ Reports (1970). Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, p. 105.

jurisdiction more properly appertaining to, or more appropriately exercisable by, another State." (Subrayado es nuestro).

Este argumento plantea en el fondo que detrás del ejercicio de la jurisdicción, existe una forma de ver la relación entre los poderes de los Estados; asimismo, también interviene un criterio de reciprocidad que tiene un correlato jurídico. No obstante, no siempre la reciprocidad es un factor que explique la aspiración a ejercer una jurisdicción extraterritorial, respetada como tal por la otra parte. Esto, por el temor justamente de que una expansión en el ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado, se traduzca en que los propios nacionales serán sometidos a las reglas de otro Estado.

Enseña la doctrina y lo confirma la jurisprudencia que una jurisdicción estatal, *prima facie*, es exclusiva sobre un territorio y la población permanente que allí vive. Estos elementos tienen las siguientes consecuencias:

1. Exclusividad sobre el territorio y la población permanente que vive allí;
2. Un deber de no intervención en el área de exclusiva jurisdicción del otro. La pregunta es si esta aseveración ¿es un corolario del antiguo concepto del dominio reservado de cada Estado?

En el tratamiento de estos temas, procurando explicar las bases del ejercicio de la jurisdicción del Estado, se encuentran conceptos del derecho consuetudinario y tratados internacionales; estas fuentes admiten a su vez, la coexistencia de diversas jurisdicciones de igual alcance.

Por otra parte, las conclusiones que ha venido aportando la jurisprudencia internacional ponen en juego las relaciones entre distintas ópticas, generándose desde el punto de vista metodológico el tema de los tipos de jurisdicción.⁴ La jurisdicción como una fuente de titularidad del Estado, puede ser mirada también desde perspectivas específicas en materia civil, económica, procesal y penal, entre otras, lo cual se ha venido reflejando en los esquemas contenidos en tratados internacionales que facultan el ejercicio de ciertas competencias o, que más bien requieren que un Estado asuma ciertas jurisdicciones territoriales y extraterritoriales, como una obligación.

En el arbitraje sobre el Ferrocarril del Rin del Hierro (Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway)⁵, entre Bélgica y Países Bajos, donde se discutía sobre la

4. Tomado del Plan Modelo del Consejo de Europa, Bases de jurisdicción, citado en Ch. Staker, "Jurisdiction", M.D. Evans, *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, pp. 312-313.

competencia de los Países Bajos para ejercer su autoridad legislativa, ejecutiva y judicial respecto de la reactivación del ferrocarril de acuerdo con su ruta histórica, se visualiza el tipo de debate que esta ponencia pone de relieve. El ferrocarril estaba sujeto a un Tratado de 1873, el cual a su vez se vinculaba al Tratado de Separación entre ambos países, de 1839, cuyo artículo XII establecía (para una ruta o un canal, más tarde un ferrocarril) que se haría “*sans charge aucune pour le Gouvernement des Pays-Bas, et sans préjudice de ses droits de souveraineté sur le territoire traversé.*”⁶

La cuestión debatida versaría entonces sobre cómo debían interpretarse los derechos de Bélgica y la competencia territorial de Países Bajos. Según este país, el derecho de tránsito debía interpretarse restrictivamente, sin impugnar los derechos de tránsito de Bélgica por el territorio de holandeses. Por tanto, sostenía Países Bajos, las consideraciones ambientales debían ser tenidas en cuenta. El Tribunal Arbitral estimó a este respecto que el laudo en el arbitraje sobre el Lago Lanoux⁷ entregaba enseñanzas para resolver las tensiones que se plantean entre derechos otorgados en el territorio de otro Estado y las reservas a su soberanía. A este respecto, recordó, como se hizo en el caso del Lago Lanoux, que la soberanía territorial juega como una presunción. Debe inclinarse ante todas las obligaciones internacionales, cualquiera sea su origen, pero sólo ante esas obligaciones.

El fallo en el Ferrocarril del Rin del Hierro concluyó que⁸:

“204, In the view of the Tribunal, the obligations of the Netherlands under Article XII of the 1839 Treaty of Separation do not require it to apply its national legislation and policy with respect to the reactivation of the Iron Rhine railway in a more favourable way than with respect to other

5. http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1155

6. De acuerdo con la traducción al inglés, hecha por el Tribunal arbitral, el artículo XII decía lo siguiente: “In the case that in Belgium a new road would have been built or a new canal dug, which would lead to the Maas facing the Dutch canton of Sittard, then Belgium would be at liberty to ask Holland, which in that hypothesis would not refuse it, that the said road, or the said canal be extended in accordance with the same plan, entirely at the cost and expense of Belgium, through the canton of Sittard, up to the borders of Germany. This road or canal, which could be used only for commercial communication, would be constructed, at the choice of Holland, either by engineers and workers whom Belgium would obtain authorization to employ for this purpose in the canton of Sittard, or by engineers and workers whom Holland would supply, and who would execute the agreed works at the expense of Belgium, all without any burden to Holland, and without prejudice to the exclusive rights of sovereignty over the territory which would be crossed by the road or canal in question. The two Parties would set, by common agreement, the amount and the method of collection of the duties and tolls which would be levied on the said road or canal.” (Subrayado es nuestro).

7. 24 *International Law Reports* (1957), p. 101.

8. Párr. 160.

*railways in the Netherlands, unless such non-discriminatory application would amount to a denial of Belgium's transit right or render the exercise of that right unreasonably difficult.*¹⁶⁰. [...], as a consequence of the reservation of sovereignty in Article XII of the 1839 Treaty of Separation, the Netherlands may exercise its rights of sovereignty in relation to the territory over which the Iron Rhine railway passes, unless this would conflict with the treaty rights granted to Belgium, or rights that Belgium may hold under general international law, or constraints imposed by EC law.”

El razonamiento del fallo de 2005, puede entenderse además, a la luz de lo que la CPJI declaró en el asunto Wimbledon, sobre la validez de las obligaciones que derivan de los tratados. Allí, la CPJI rechazó el argumento de que un tratado no puede privar a un Estado del derecho soberano a aplicar el derecho de la neutralidad a naves que pasen por el Canal de Kiel. “*The Court declines to see, in the conclusion of any treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act, an abandonment of its sovereignty... the right on entering into international engagements is an attribute of State sovereignty*”⁹.

El debate que se abre camino en el ámbito internacional sobre la relación entre negocios y derechos humanos, plantea precisamente una reflexión sobre la jurisdicción territorial del Estado y su impacto extraterritorial.¹⁰

II.- LA JURISDICCIÓN COMO UNA EMANACIÓN DE LA SOBERANÍA

En la teoría del derecho internacional público (DIP), se sostiene que la jurisdicción prescriptiva – diferente de la ejecutiva y de la judicial – de un Estado sólo está sujeta a fórmulas generales y que ella no encuentra limitaciones para su ejercicio, en la medida en que sea razonable. Esto lleva a interrogarse sobre cuál es la dimensión de lo razonable para el DIP y cuándo una norma se conforma a ese criterio. Así, se ha dicho que la jurisdicción legislativa requiere de un “*meaningful contact*” con su objeto o que se conforme a un principio de “*reasonableness*”. Es lo que postula el Restatement Third, § 402, de los Estados Unidos cuando dice:

“Subject to § 403, a state has jurisdiction to prescribe law with respect

9. PCJI 1923, Ser.A, No 1, p.25.

10. Guiding principles on business and human rights. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf

to (1) (a) conduct that, wholly or in substantial part, takes place within its territory;

(b) the status of persons, or interests in things, present within its territory;

(c) conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory;

(2) the activities, interests, status, or relations of its nationals outside as well as within its territory; and

(3) certain conduct outside its territory by persons not its nationals that is directed against the security of the state or against a limited class of other state interests.”¹¹

Para explicar este fenómeno de forma comprensiva, Ryngaert¹² propone una teoría innovadora al sostener que para solucionar problemas de jurisdicción, la doctrina de la subsidiariedad es una herramienta útil. Según ella, la incapacidad o inhabilidad de un Estado respecto de qué hacer frente a una situación, puede servir como una precondition necesaria y suficiente para que otro Estado ejerza jurisdicción. ¿Cuál sería su título? Al postular el principio de subsidiariedad, un Estado sólo podría ejercer su jurisdicción extraterritorial si otro Estado con un ostensible nexo con el caso, no puede ejercer su competencia de manera que sea razonablemente aceptable para el Estado que debería regular y para la comunidad internacional.

La subsidiariedad presupondría entonces, que todos los Estados tuviesen interés en poner restricciones a actividades externas [perjudiciales o dañinas para otros Estados y/o para la comunidad internacional]. Por cierto que en esta teoría, la soberanía llega a tener un valor relativo¹³, como ocurre a un Estado frente al test que se le plantea en materia de crímenes contra el derecho internacional, donde el derecho ha evolucionado entregando respuestas convencionales y consuetudinarias que inciden en la soberanía.

Se apreciaría también este fenómeno de forma evidente en el área económica (incluido el comercio), así como en la de los derechos humanos. En esta última esfera, las propuestas configuran un abanico de fórmulas que van desde la jurisdicción basada exclusivamente en tratados internacionales, hasta las que postulan una jurisdicción universal inherente al Estado como un

11. [http://internationalcriminallaw.org/Restatement\(Third\)_of_Foreign_Relations_Law/RSEcs334_401-04_411_432_442.PDF](http://internationalcriminallaw.org/Restatement(Third)_of_Foreign_Relations_Law/RSEcs334_401-04_411_432_442.PDF). Pp. 237-238.

12. C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 185-187.

13. *Ibid.*, p. 215.

deber jurídico, más allá de una prerrogativa. En este ámbito se ha apreciado también la doctrina del efecto, cuando la conducta en un territorio produce efectos en otros espacios jurisdiccionales, obligando a determinar si un Estado se puede atribuir la jurisdicción sobre esos hechos.

La doctrina del efecto, en vinculación con la teoría indicada, expuesta en el famoso caso *Alcoa*¹⁴, pretende establecer una jurisdicción respecto de hechos que producen efectos en un Estado diferente de aquél donde ocurren. Se ha invocado en materia de daños, limitándolo a ciertas situaciones, calificadas según las circunstancias jurídicas. Conforme a la teoría, la competencia territorial del Estado puede extenderse a actividades fuera del territorio si tienen un efecto al interior de ese territorio, y siempre que aquél tenga relación con el orden público de ese Estado o con su interés directo.

Oxman¹⁵ postula que en circunstancias limitadas, la doctrina de los efectos se refleja en reglas especiales del derecho del mar, por ejemplo, instalaciones no económicas o emisiones ilícitas (art. 60(1)©, 109, 220(6), 221 según la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Siguiendo con la subsidiariedad, ella serviría de fundamento para el caso donde el Estado con el nexo más importante con un hecho, fuere incapaz o no tuviere voluntad para hacer frente adecuadamente a una situación internacional o transnacional relevante. A falta de una regulación global, otros Estados podrían actuar subsidiariamente en el interés de la comunidad internacional¹⁶.

De esta forma, se explicaría también la invocación de la jurisdicción universal, sin perjuicio de que se profundice sobre su proceso de creación y relación con el derecho consuetudinario, además del que pudiere otorgar el derecho convencional. El fundamento consuetudinario de la jurisdicción universal fue afirmado por el Instituto de Derecho Internacional (IDI), en 2005, precisando que “[...] the exercise of universal jurisdiction requires the presence of the alleged offender in the territory of the prosecuting State or on board a vessel flying its flag or an aircraft which is registered under its laws, or other lawful forms of control over the alleged offender”.¹⁷

14. *United States v. Alcoa*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), El caso más citado en materia de legislación anti colusión. La doctrina ha sido adoptada por países europeos, después de un tiempo de discusión sobre su fundamento. Asunto conocido como *Woodpulp*, o *Ahlström Osakeyhtiö and Others v. Commission*. [1988] ECR 5193.

15. B. Oxman, *Jurisdiction of States*, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. VI, Oxfors, 2012, p. 550.

16. C. Ryngaert, *op. cit.*, p. 223.

17. http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_03_en.pdf

La tesis de la subsidiariedad funcionaría por tanto, en ausencia de una autoridad centralizadora¹⁸. Un Estado debería ejercer su jurisdicción con el propósito de proteger los intereses de la comunidad internacional, más que sus propios intereses. La ley de los Estados Unidos, Alien Tort Statute¹⁹ (1789), sugiere la aplicación de este tipo de mecanismo como una extensión del poder normativo del Estado fuera de su territorio (más allá de su competencia territorial)²⁰. No obstante, esta tesis tiene sus propias limitaciones como lo ha expresado la propia Corte Suprema de ese país, cuando ha resuelto en 2013, en el asunto Kiobel, que:

"We therefore conclude that the presumption against extraterritoriality applies to claims under the ATS, and that nothing in the statute rebuts that presumption. "[T]here is no clear indication of extraterritoriality here," Morrison, 561 U. S., at ___ (slip op., at 16), and petitioners' case seeking relief for violations of the law of nations occurring outside the United States is barred.

*IV. On these facts, all the relevant conduct took place outside the United States. And even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application. See Morrison, 561 U. S. ___ (slip op. at 17-24). Corporations are often present in many countries, and it would reach too far to say that mere corporate presence suffices. If Congress were to determine otherwise, a statute more specific than the ATS would be required."*²¹

La intervención de Países Bajos²², junto con el Reino Unido, a título de *amicus curiae* desarrolló una línea teórica semejante:

18. "In the absence of an internationally centralized enforcer, States should be entitled to exercise subsidiary 'extraterritorial' jurisdiction over situations which other States, which entertain a greater nexus, fail to adequately deal with", C.Ryngaert, op.cit, p. 227.

19. "[t]he district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States." 28 U. S. C. §1350.

20. B. Stern sostiene que "De façon générale – au sens matériel – on peut dire qu'il y a extraterritorialité de l'application d'une norme si tout ou partie du processus d'application se déroule en dehors du territoire de l'État qui l'a émise, ("L'extraterritorialité revisitée", A.F.D.I., 1992, pp. 239).

21. Kiobel, individually and on behalf of her late husband Kiobel, et al. V. Royal Dutch Petroleum co. et al. *Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit No. 10-1491*. Argued February 28, 2012—Reargued October 1, 2012—Decided April 17, 2013, pp. 13-14. http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_16gn.pdf

22. *Brief of the Governments of the Kingdom of the Netherlands and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland as amici curiae in support of neither party*. 13.06.2012.

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10

"The Governments strongly believe that such allegations of human rights violations should be dealt with in an appropriate forum, respecting international law principles of jurisdiction. In relation to claims of a civil nature, the bases for the exercise of civil jurisdiction under international law are generally well-defined. They are principally based on territoriality and nationality. The basic principles of international law have never included civil jurisdiction for claims by foreign nationals against other foreign nationals for conduct abroad that have no sufficiently close connection with the forum State.

For the U.S. to allow the ATS to provide the basis for such claims would clearly interfere with other nations' sovereignty and be plainly inconsistent with international law and the concept of international comity recognized by this Court in Sosa, Empagran, and Morrison v. Nat'l Austl. Bank Ltd, 130 S. Ct. 2869 (2010) ("Morrison"). It could also interfere with and complicate efforts within the territorial State to remedy human rights abuses that may have occurred within its own territory."

En forma complementaria, ante el supuesto de que el derecho interno no pueda satisfacer la necesidad de atender situaciones desde la perspectiva de la jurisdicción territorial o extraterritorial, se ha planteado que los decisores en vez de priorizar las reglas de derecho internacional sobre conflicto de normas, busquen aplicar "la mejor norma jurídica" (*the better law*), mediante la opción por una postura doctrinaria sustantiva, si pudiera denominarse así.

Esto es, cuando se busca establecer y aplicar una norma armonizada o uniforme, generada sobre la base de la cooperación entre los Estados²³, sobre todo cuando se quiere evitar la incertidumbre y costos en las relaciones entre Estados y otros sujetos. El amplio efecto de esta teoría se viene apreciando en el campo del derecho internacional de los derechos humanos. Han contribuido a ello, la creación de tribunales penales internacionales y la emergencia de regímenes internacionales que han reforzado la teoría de las bases de la jurisdicción del Estado en un ambiente de cooperación, justamente porque exigen una conducta activa de parte del Estado y no solamente la autoproclamación de prerrogativas.

Volviendo a los elementos originales del tema, la pregunta acerca de cuánto de la jurisdicción está ligada a una concepción de soberanía, es todavía

23. H. Kronke, si bien opina sobre derecho de los mercados de capitales, presenta un análisis útil para entender el fenómeno del derecho uniforme en otras áreas del derecho. "Capital Markets and Conflicts of Laws", *Recueil des Cours*, 286, 2000, pp. 376-379.

válida y útil para profundizar en esta tesis. La Carta de las Naciones Unidas consagra la igualdad soberana de los Estados en su artículo 2 (1), y plantea el deber abordar no sólo estos elementos, sino que además conocer de qué forma el derecho garantiza la autonomía de los Estados y su igualdad, sin tener en cuenta las diferencias históricas, geográficas, económicas y de poder que existen entre ellos.

Una forma de responder a estas tesis, es apelando a la distinción entre la competencia interna – ninguna autoridad extranjera puede anular o impedir la validez de un acto emanado del poder del Estado – y la responsabilidad internacional por las consecuencias del ejercicio ultra vires de la competencia derivada de la ley interna. Pero, este enfoque – si bien simplifica el análisis – no resuelve la forma como el derecho internacional aborda las cuestiones de jurisdicción, y tampoco si la práctica de los Estados sigue esa fórmula.

Esta discusión teórica se enfrenta además a otra realidad, cual es que los Estados no están solamente regulando sus competencias frente a otros Estados, sino que se enfrentan al fenómeno de la creación de nuevas normas y del deber de interpretar las reglas que otorgan jurisdicción a un órgano judicial internacional. El caso más preclaro – sin considerar la acción que puede iniciar el Consejo de Seguridad por su propio poder- es el de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, cuando pone en juego el principio de la territorialidad y la complementariedad, ambos vistos simultáneamente desde la perspectiva del derecho interno de los Estados y del derecho internacional.

En materia de competencia, el Estatuto establece sólo dos situaciones donde la Corte (la Fiscalía) puede ejercer su competencia (aparte de una remisión por el Consejo de Seguridad); según el artículo 12 del Estatuto es así:

- Cuando se cumple el requisito de que la conducta de que se trate haya ocurrido en el territorio del Estado Parte respectivo, en un buque o aeronave de su pabellón; o

- Si se trata de un nacional de un Estado Parte acusado de un crimen según el Estatuto de la Corte.

En el primer caso, la base de la jurisdicción es la territorial del Estado donde ocurrieron los hechos y en el segundo el principio de la nacionalidad, ambos basados en criterios regulados por el derecho interno de los Estados en cuestión.

Al profundizar más el tema, se advierte la necesidad de distinguir entre el ámbito penal y el civil, donde en el primero prima la territorialidad, mientras

que en el segundo, la esfera de acción de cada Estado tiene como base más propiamente el derecho interno propio y por ende, sus propias reglas de derecho internacional privado. Es lo que sostuvieron M. Akehurst²⁴ y Fitzmaurice²⁵ en sus respectivos estudios sobre la jurisdicción del Estado que datan de varias décadas atrás, advirtiendo que no eran esferas ajenas al derecho internacional público.

La piedra angular de la jurisdicción del Estado en el derecho internacional parece haber sido establecida en el asunto Lotus, donde la CPJI dijo: “Todo lo que podemos pedir de un Estado, es de no sobrepasar los límites que establece el derecho internacional para su competencia”²⁶. En la controversia entre Francia y Turquía, originada por la colisión en alta mar de las naves Lotus y Boz-Kourt (1926), la CPJI decidió que este último país tenía derecho a procesar al oficial francés capitán del Lotus, por su responsabilidad en los hechos que ocasionaron la muerte de 8 personas turcas.

En este caso, que ha sido visto como un ejemplo de enfoque voluntarista, la Corte hizo la distinción entre jurisdicción para prescribir y la jurisdicción para ejecutar, y admitió que la última no podía sobrepasar la autorización del derecho internacional.

Citemos completa la famosa frase formulada por la CPJI:

“International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.

*Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that-failing the existence of a permissive rule to the contrary-it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.”*²⁷

24. M. Akehurst, “Jurisdiction in International Law”, 46 *BYIL*, 1972-1973, pp.149-150.

25. G. Fitzmaurice “The General Principles of International Law”, 92 *RCADI* 1957-II, pp. 218-219.

26. CPJI, 1927, Série A, n°10, p.19. Traducción nuestra.

http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf

27. *Ibid.*, pp. 18-19.

La distinción es aún válida en el presente, y se plantea en diversos casos en los cuales la legislación interna busca tener un efecto extraterritorial (jurisdicción prescriptiva), extendiendo además su poder a la ejecución de la norma (jurisdicción ejecutiva). La pregunta sobre el fundamento consuetudinario de la jurisdicción prescriptiva extraterritorial ha sido planteada en relación con la regulación de la libre competencia y en general en las relaciones económicas y comerciales; allí, desde hace décadas ha causado dificultades el hecho de buscar generar efectos desde la legislación de un país a partir de sus propias reglas hacia terceros Estados (en sentido amplio). ¿Cuál es la respuesta que debemos dar a este fenómeno?

Así, si bien la teoría territorial continúa siendo el fundamento más sólido de la jurisdicción del Estado, no es suficiente para proporcionar soluciones apropiadas para conflictos de jurisdicción modernos. Esta teoría ha sido complementada con el criterio basado en la conexión genuina y sustantiva entre el asunto objeto de jurisdicción y la base territorial y los intereses [razonables] de la jurisdicción que se busca ejercer. Esta conexión ha sido explicada principalmente a través de la doctrina de los efectos, como se ha indicado anteriormente.

Lowe, en un trabajo calificado por Klabbers²⁸ como fundamental ("seminal"), sostuvo la necesidad de un refinamiento del concepto de soberanía en materia económica. Afirma el primero que

"Important as residual presumptions of law flowing from sovereignty might be in cases of doubt, questions of sovereignty and jurisdiction in the economic sphere need a starting point that gives clearer recognition to the fact of economic interdependence. Recourse to principles or rules of comity, well suited to the problems of private international law where competing sovereign interests rarely arise, is unlikely to be the answer. Comity is too uncertain in its origins, its content, and its method of application to be relied upon as a self-imposed restraint upon the jurisdictional claims of states, suitable as it might be as a guiding principle for the diplomatic settlement of economic conflicts. What is needed is a refinement of the concept of sovereignty in international law, so that it can accommodate both notions of the independence of states and of the increasing interdependence of states, without losing its coherence as a legal principle. United Nations declarations on economic rights and duties of states, stressing that "every State has the sovereign and inalienable right to choose its economic system" without outside pressure or interference, have dealt

28. J. Klabbers, *International Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 96.

*with particular aspects of this problem, but it is still necessary to devise a more general theory of economic sovereignty capable of supporting the superstructure of rules of jurisdiction, responsibility, and so on, that is required for the regulation of international economic relations."*²⁹

III.- LA JURISDICCIÓN PARA EJERCER DERECHOS. LA JURISDICCIÓN COMO EL EJERCICIO DE UNA OBLIGACIÓN

Si tomamos como base de definición de jurisdicción la que se ha propuesto al inicio de este estudio, como un derecho a regular las conductas, donde el derecho internacional pone límites al derecho interno de los Estados y puede prescribir la extensión hasta donde éstos pueden hacer uso de ese derecho, se concluye que un Estado tiene capacidad para ejercer su jurisdicción dentro de los límites de su soberanía, y no debe superponerse o interferir con la de otros Estados. De ahí que se plantee el vínculo con el territorio.

La jurisdicción judicial como una consecuencia inexcusable de la jurisdicción territorial, se planteó en los Estados Unidos, en relación al estatus de los detenidos en Guantánamo. Recordemos que la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que:

"This Court previously held that federal jurisdiction lay to consider petitioners' habeas claims. Rasul v. Bush, 542 U. S. 466, 485 (2004) (providing several of these petitioners with the right to habeas review under law as it then stood). Our analysis proceeded under the then-operative statute, but petitioners urge that our reasoning applies to the scope of the constitutional habeas right as well. Inholding that the writ extended to the petitioners in Rasul, we said that Guantanamo was under the complete control and jurisdiction of the United States. Id., at 480-481; id., at 487 (KENNEDY, J., concurring in judgment) ("Guantanamo Bay is in every practical respect a United States territory"). We then observed that the writ at common law would have extended to petitioners:

"Application of the habeas statute to persons detained at the base is consistent with the historical reach of the writ of habeas corpus. At common law, courts exercised habeas jurisdiction over the claims of aliens detained within sovereign territory of the realm, as well as the claims of persons detained in the so-called exempt jurisdictions, where ordinary writs did not run, and all other dominions under the sovereign's control .

29. V. Lowe, "Blocking extraterritorial jurisdiction: the British Protection of Trading Interest Act, *AJIL*, 1980, 75, pp.281-282.

... [E]ven if a territory was no part of the realm, there was no doubt as to the court's power to issue writs of habeas corpus if the territory was under the subjection of the Crown"³⁰. (Subrayado es nuestro).

Pero, ¿pueden tener los Estados obligaciones más allá de su territorio y respecto de quiénes? Esta es otra cara del tema, que plantea el tipo de jurisdicción del Estado que llamamos extraterritorial. Asimismo, hechos que ocurren fuera del territorio de un Estado, ¿pueden ser jurídicamente vinculados a ese Estado? Sabemos que los Estados invocan los principios de la nacionalidad, la personalidad pasiva, la protección y la jurisdicción universal para extender su propia competencia. Pero, el tema no es el título, sino hasta donde puede un Estado aplicar su poder, válidamente, sobre hechos o actos que ocurren incluso bajo la jurisdicción de otro Estado. Conocido es el tema de las normas sobre competencia de los Estados Unidos y la aplicación por este país de la doctrina de los efectos, antes referida.

Otro tipo de respuesta lo proveen las convenciones que han planteado claramente la relación entre territorio y jurisdicción. Por ejemplo, en la Convención para la prohibición de las armas químicas (1993), se lee:

"1. Cada Estado Parte en la presente Convención se compromete, cualquiera que sean las circunstancias, a:

a) No desarrollar, producir, adquirir de otro modo, almacenar o conservar armas químicas ni a transferir esas armas a nadie, directa o indirectamente;

[...]

2. Cada Estado Parte se compromete a destruir las armas químicas de que tenga propiedad o posesión o que se encuentren en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.

3. Cada Estado Parte se compromete a destruir todas las armas químicas que haya abandonado en el territorio de otro Estado Parte, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.

4. Cada Estado Parte se compromete a destruir toda instalación de producción de armas químicas de que tenga propiedad o posesión o que se encuentre en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.

30. 549 U.S. (2007). Lakhdar Boumediene et al. 06-1195 v. George W. Bush, president of the United States, et al. Khaled A. F. al Odah, next friend of Fawzi Khalid Abdullah Fahad al Odah, et al. 06-1196 v. United States et al.

5. Cada Estado Parte se compromete a no emplear agentes de represión de disturbios como método de guerra.

Interesa en especial atender lo que dice el numeral 2."

Por otra parte, en materia de derechos humanos, el debate ha sido recurrente en cuanto al alcance de las obligaciones de un Estado, más allá de su propio territorio, materia discutida en particular ante la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). El debate en la materia no está cerrado³¹, si bien existe jurisprudencia del tribunal europeo, en cuanto a si ciertas obligaciones de los Estados deben también ser cumplidas o satisfechas fuera de su territorio.

El caso Arrest Warrant³² fallado por la Corte Internacional de Justicia en 2002, planteó interrogantes en el mismo ámbito, si bien allí se trataba de examinar el poder de un Estado para ejercer su jurisdicción penal y en qué medida ella podía afectar la inmunidades y la inviolabilidad de una persona protegida por el derecho internacional contra un acto de autoridad emanado de otro Estado.

En el caso, la República Democrática del Congo (RDC) sostenía que, al decretar la detención del Ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio y difundirla al exterior, Bélgica había violado el principio de que un Estado no puede ejercer su autoridad sobre el territorio de otro Estado, así como la igualdad soberana, junto con la inmunidad del Ministro de Relaciones Exteriores de un Estado soberano.

Bélgica –a su vez– sostendría ante la Corte, que la orden de arresto sólo sería cumplida si el Ministro en cuestión se encontraba en Bélgica y que no creaba obligaciones para terceros Estados, a menos que se completaran otros pasos que validaran la orden o el propio tercer Estado decretase una orden de detención.

En este caso, mientras el juez Guillaume³³ remarcaba el carácter territorial de la jurisdicción criminal del Estado, a menos que hubiese una convención basada en el principio *aut dedere aut judicare*, exigiendo la presencia de la persona en cuestión, los jueces Buergenthal, Higgins y Kooijmans, aunque votaron con la mayoría, emitieron una opinión individual que clarificaba más el tipo de debate que se dio en el Tribunal.

31. M. Gibney, "On terminology. Extraterritorial Obligations", en M. Langford, W. Vandenhole, M. Scheinin, and W. van Genugten, *Global Justice, State Duties. The extraterritorial scope of economic, social and cultural rights in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp.32-47.

32. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002.

33. Ibid., Opinion individuelle, párr.16.

Según los jueces individualizados ³⁴,

"A State may exercise the criminal jurisdiction which it has under international law, but in doing so it is subject to other legal obligations, whether they pertain to the non-exercise of power in the territory of another State or to the required respect for the law of diplomatic relations or, as in the present case, to the procedural immunities of State officials. In view of the worldwide aversion to these crimes, such immunities have to be recognized with restraint, in particular when there is reason to believe that crimes have been committed which have been universally condemned in international conventions. It is, therefore, necessary to analyse carefully the immunities which under customary international law are due to high State officials and, in particular, to Ministers for Foreign Affairs."

Estos jueces criticaron el fallo Lotus (por su impronta de laissez-faire) y advirtieron que la idea de la jurisdicción universal, así como la regla de *aut dedere aut prosequi*, reflejaba un compromiso para hacer frente a atrocidades, las que no deberían quedar sin castigo. La CIJ concluyó que Bélgica –al dictar y difundir la orden de arresto en 2000– había violado la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad del Ministro Yerodia, de la RDC.

A su vez, en el fallo del asunto Bosnia c. Serbia ³⁵ (2007), la Corte apreció la distinción entre la jurisdicción territorial y la extraterritorial a la luz de la Convención para la Prevención y la Represión del Delito de Genocidio (1948), cuyas cláusulas sobre jurisdicción a juicio de la Corte establecían claramente la distinción entre las obligaciones generales y la jurisdicción de los tribunales internos. La Corte concluiría en este asunto que:

"183. The substantive obligations arising from Articles I and III (Convention and Punishment of the Crime of Genocide) are not on their face limited by territory. They apply to a State wherever it may be acting or may be able to act in ways appropriate to meeting the obligations in question. The extent of that ability in law and fact is considered, so far as the obligation to prevent the crime of genocide is concerned, in the section of the Judgment concerned with that obligation (cf. paragraph 430 below). The significant relevant condition concerning the obligation not to commit genocide and the other acts enumerated in Article III is provided by the rules on attribution (paragraphs 379 ff. below).

34. Joint separate opinion. I.C.J. Reports 2002, párr. 79.

35. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43.

184. The obligation to prosecute imposed by Article VI is by contrast subject to an express territorial limit. The trial of persons charged with genocide is to be in a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed (cf. paragraph 442 below), or by an international penal tribunal with jurisdiction (paragraphs 443 ff. below)."

La Corte postularía por tanto, que había responsabilidad de Serbia en cuando a no haber observado su obligación de prevenir y castigar los actos de genocidio, que según la Convención indicada, caían bajo su jurisdicción.

En este contexto, se observa una transposición del estándar de due diligence antes enunciado, a otras áreas del derecho donde puede ser apropiado para determinar la jurisdicción del Estado desde el punto de vista material.

En el caso recién citado, dijo la Corte:

"430. Secondly, it is clear that the obligation in question is one of conduct and not one of result, in the sense that a State cannot be under an obligation to succeed, whatever the circumstances, in preventing the commission of genocide: the obligation of States parties is rather to employ all means reasonably available to them, so as to prevent genocide so far as possible. A State does not incur responsibility simply because the desired result is not achieved; responsibility is however incurred if the State manifestly failed to take all measures to prevent genocide which were within its power, and which might have contributed to preventing the genocide. In this area the notion of "due diligence", which calls for an assessment in concreto, is of critical importance. Various parameters operate when assessing whether a State has duly discharged the obligation concerned. The first, which varies greatly from one State to another, is clearly the capacity to influence effectively the action of persons likely to commit, or already committing, genocide. This capacity itself depends, among other things, on the geographical distance of the State concerned from the scene of the events, and on the strength of the political links, as well as links of all other kinds, between the authorities of that State and the main actors in the events. The State's capacity to influence must also be assessed by legal criteria, since it is clear that every State may only act within the limits permitted by international law; seen thus, a State's capacity to influence may vary depending on its particular legal position vis-à-vis the situations and persons facing the danger, or the reality, of genocide. On the other hand, it is irrelevant whether the State whose responsibility is in issue claims, or even proves, that even if it had employed all means reasonably at its disposal, they would not have sufficed to prevent the commis-

sion of genocide. As well as being generally difficult to prove, this is irrelevant to the breach of the obligation of conduct in question, the more so since the possibility remains that the combined efforts of several States, each complying with its obligation to prevent, might have achieved the result — averting the commission of genocide — which the efforts of only one State were insufficient to produce.”

IV- LA JURISDICCIÓN TERRITORIAL COMO ORIGEN O FUENTE DEL EJERCICIO EXTRATERRITORIAL DE LA COMPETENCIA

El concepto del vínculo genuino para el estudio de la jurisdicción del Estado lleva a la pregunta de los factores de conexión que puede haber entre un hecho, una persona, o un bien, con un Estado. La pregunta se refiere entonces a cuál es el vínculo genuino que puede ser válidamente invocado. El estatuto del Estado del pabellón en el derecho del mar es un ejemplo de aplicación extensiva de este concepto.

Ante la situación que se puede plantear entre un interés en ejercer una jurisdicción ejecutiva como consecuencia de la jurisdicción legislativa del Estado, y los límites de la jurisdicción territorial que se impone generalmente a la primera, una forma de resolver esta relación se ha buscado mediante las convenciones que establecen un orden en el ejercicio de las jurisdicciones, descritas a partir de la distinción entre lo territorial y lo extraterritorial, donde la conexión sustantiva con el Estado que actúa es el propio derecho internacional convencional. Mann³⁶ se preguntaba si se podía establecer un principio que comprendiera los límites a la jurisdicción del Estado y observaba que el derecho internacional sí establece límites, aunque sería más bien tarea de los tribunales indicarlos para cada caso.

En *Brownlie's Principles of Public International Law*³⁷, se plantea, entre otras ideas, que la jurisdicción es concurrente a menudo, y que no hay una jerarquía entre las bases de la jurisdicción. Sin embargo, un tratado si puede establecer un área de exclusividad, como en el caso de los delitos cometidos a bordo de una aeronave en vuelo.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (1984), establece este tipo de lógica, conformándose a la teoría explicada:

36. F.A.Mann, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law, Twenty Years Later", 186 *Recueil des Cours*, 1984, 1, pp.26-27.

37. *Op.cit.*, p. 486.

Artículo 4

1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Artículo 5

1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;

c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales. (Subrayado es nuestro).

Artículo 7

1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

2. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado. En los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 5, el nivel de las pruebas necesarias para el enjuiciamiento o inculpación no será en modo alguno menos estricto que el que se aplica en los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 5.

3. Toda persona encausada en relación con cualquiera de los delitos mencionados en el artículo 4 recibirá garantías de un trato justo en todas las fases del procedimiento.

Sobre esta metodología, el asunto titulado *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Bélgica c. Senegal) (2012), profundiza sobre los alcances de la jurisdicción basada en una convención. En el caso, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984). Bélgica demandaba que se determinase que Senegal estaba obligado a procesar al ex presidente del Chad, (Hissène Habré) o a extraditarlo hacia Bélgica para que se prosiguiese un proceso penal, conforme a las reglas de la Convención de 1984, y el derecho consuetudinario.

La narrativa del caso se refería al proceso penal iniciado contra Habré ante tribunales senegaleses, donde la Corte de Casación determinó en 2001, que no podía aplicarse la jurisdicción universal (hechos en país extranjero), ya que no estaba prevista en la legislación penal del país del foro. A su vez, en Bélgica se había iniciado un proceso penal por violaciones al derecho internacional humanitario, tortura, genocidio, crímenes contra la humanidad y de guerra, lo cual llevó a la petición de extradición del Sr. Habré.

El asunto tenía un alcance mayor por cuanto, según Bélgica los artículos 5 (2) y otros de la Convención establecían que todo Estado debe instituir su jurisdicción sobre los delitos tipificados en la Convención, eran aplicables. A su juicio, se daba la hipótesis de cuando “[...] *el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.*”³⁸

Según Bélgica, también estaban en juego los Artículos 6 y 7 (7) que establecen las medidas que debe ejecutar un Estado en cuyo territorio se encuentra una persona que se supone ha cometido uno de los delitos tipificados en la Convención. De modo que, el asunto se refería esencialmente a si funcionaban las medidas destinadas a establecer la jurisdicción relativa al ejercicio de la acción penal de Senegal o de Bélgica, respecto de la persona indicada, y respecto de actos de tortura. La Corte limitó su competencia a la Convención de 1984 (Arts. 6 (2) y 7(1)) y descartó conocer de reclamaciones por crímenes fundados en el derecho internacional consuetudinario.

Este caso tenía otro ángulo de interés, en cuanto a si era suficiente que un Estado fuera Parte de una convención (Bélgica), para que tuviese la titularidad de la presentación de una demanda dirigida contra otro Estado, solicitándole poner término a una conducta contraria a la convención. La Corte asumió que las obligaciones derivadas de la convención tenían carácter de erga

38. Disposición similar a la del Convenio para la represión de la captura ilícita de aeronaves de La Haya, 1970.

omnes y por tanto, cada Estado Parte poseía interés en el respeto a sus normas. Por este antecedente, la Corte remarcó que

“[...] *elle relève que la mise en ?uvre par l'Etat de son obligation d'établir la compétence universelle de ses juridictions pour connaître du crime de torture est une condition nécessaire pour pouvoir procéder à une enquête préliminaire (article 6, paragraphe 2) et soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale (article 7, paragraphe 1).*» (Párr. 74).

La Corte declaró que la prohibición de la tortura tenía un fundamento consuetudinario de valor imperativo (jus cogens), pero que la obligación derivada de la Convención de extraditar o juzgar, se refería a aquellos actos ocurridos después que la Convención hubiera entrado en vigencia para el Estado requerido de colaboración. De esta suerte distinguió entre distintos títulos jurisdiccionales.

En la sentencia de la House of Lords sobre la extraditabilidad del entonces senador Pinochet a España, el 24 de marzo de 1999³⁹, se enfrentaron estos temas con la cuestión de la inmunidad del ex jefe de estado y la inmunidad *ratione materiae* (regidas tanto por el derecho internacional como por la *State Immunity Act 1978* del Reino Unido). La mayoría de los miembros de la sala de la House of Lords – en una decisión que abrió una importante vía en el derecho internacional limitando la inmunidad del ex jefe de estado – basó su decisión en la idea de que la Convención contra la Tortura había sido negociada sobre la base del entendimiento de que esa inmunidad (en todas sus formas) no podía prevalecer ante el crimen allí regulado.

En este caso, se planteaba precisamente el tema de si una conducta punible realizada fuera del territorio de un Estado (España) podía ser extraditable por otro Estado (Reino Unido), porque en virtud de una convención de la cual este último era parte y de su legislación interna vinculada a esa convención, el crimen debía ser considerado extraditable. Este habría sido el efecto de la Extradition Act, del Reino Unido de 1989. Es decir, si una jurisdicción legislativa cuyo fundamento último era la territorialidad, unida a un título convencional (Convención contra la Tortura) que abría el abanico de una pluralidad de jurisdicciones, daba lugar a la posibilidad de que esa jurisdicción (de orden

39. House of Lords, Judgment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet. Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division).

<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino1.htm>

legislativa) aceptara reconocer efecto extraterritorial a una conducta ocurrida en otro Estado. La House of Lords estimó que sí era posible y tenía fundamento, ya fuera por el concepto de crimen internacional extraditable, o porque el país requiriente tuviera una buena base de jurisdicción, y, la inmunidad de jurisdicción fuese inaplicable, en cualquier caso.

Por otra parte, según Lord Browne-Wilkinson observó, "*So far as the law of the United Kingdom is concerned, the only country where Senator Pinochet could be put on trial for the full range of the offences which have been alleged against him by the Spanish judicial authorities is Chile.*" Esta afirmación es interesante en cuanto – sin negar que el asunto ponía en juego la legislación (territorial) del país requerido (ley sobre extradición), – se admitió que "[...]the obligations which were recognised by customary international law in the case of such serious international crimes by the date when Chile ratified the Convention are so strong as to override any objection by it on the ground of immunity *ratione materiae* to the exercise of the jurisdiction over crimes committed after that date which the United Kingdom had made available".

La situación se ha planteado también en el nivel europeo, en el seno de la Corte Europea de Derechos Humanos. La jurisprudencia de la CEDH es indicativa de que el tema jurisdiccional se presenta en diferentes niveles, con connotaciones análogas. Así, en el asunto *Loizidou v. Turquía*⁴⁰ (1995), la CEDH

40. *Loizidou v. Turkey*, No. 15318/89, 1995, párrs. 62-64.

"62. In this respect the Court recalls that, although Article 1 (art. 1) sets limits on the reach of the Convention, the concept of "jurisdiction" under this provision is not restricted to the national territory of the High Contracting Parties. According to its established case-law, for example, the Court has held that the extradition or expulsion of a person by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3 (art. 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention (see the *Soering v. the United Kingdom* judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, pp. 35-36, para. 91; the *Cruz Varas and Others v. Sweden* judgment of 20 March 1991, Series A no. 201, p. 28, paras. 69 and 70, and the *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom* judgment of 30 October 1991, Series A no. 215, p. 34, para. 103). In addition, the responsibility of Contracting Parties can be involved because of acts of their authorities, whether performed within or outside national boundaries, which produce effects outside their own territory (see the *Drozdz and Janousek v. France and Spain* judgment of 26 June 1992, Series A no. 240, p. 29, para. 91).

Bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action – whether lawful or unlawful – it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration.

63. In this connection the respondent Government have acknowledged that the applicant's loss of control of her property stems from the occupation of the northern part of Cyprus by Turkish

sostuvo que podía conocer de una reclamación presentada por una mujer chipriota por la interferencia en su propiedad y su hogar de parte de las tropas turcas, al Norte de Chipre, aunque este territorio no fuese de Turquía. Según la CEDH, aunque el Artículo 1 (obligación de respetar los derechos humanos) de la Convención pusiese límites a su ámbito de aplicación, el concepto de "jurisdicción" conforme a la disposición pertinente no se restringía al territorio nacional del Estado Parte.

Sostuvo la Corte que la responsabilidad del Estado podía surgir también como consecuencia de una acción militar – fuera legal o ilegal – si se ejercía control efectivo sobre un área fuera del territorio nacional. Era obligación del Estado el asegurar en esas áreas los derechos y libertades previstos en la Convención, como consecuencia del control efectivo, fuera ejercido en forma directa o a través de una administración local subordinada.

En el caso *Banković*⁴¹, la CEDH sostuvo que no era admisible una reclamación por hechos ocurridos en Serbia (antes de que ese país ingresase al Convenio Europeo de Derechos Humanos, a raíz de bombardeos realizados por países miembros de OTAN. El tema se refería a que el Convenio –según la Corte– hacía referencia en su artículo 1 a la jurisdicción del Estado como equivalente a su territorio (término que usaba el texto original). O sea, la frase según la cual "*Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio*", debía leerse como diciendo, "*toda persona en su territorio*".⁴² Ese era el punto central: si las personas solicitantes y sus parientes fallecidos

troops and the establishment there of the "TRNC". Furthermore, it has not been disputed that the applicant was prevented by Turkish troops from gaining access to her property." [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57920#{"itemid":\["001-57920"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57920#{).

41. ECHR, *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States* (dec.) [BC] no. 52207/99, ECHR 2001-XII. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-470135-4712>

42. Según la historia del artículo 1 de la Convención,

"19. The text prepared by the Committee of the Consultative Assembly of the Council of Europe on legal and administrative questions provided, in what became Article 1 of the Convention, that the "member States shall undertake to ensure to all persons residing within their territories the rights...". The Expert Intergovernmental Committee, which considered the Consultative Assembly's draft, decided to replace the reference to "all persons residing within their territories" with a reference to persons "within their jurisdiction". The reasons were noted in the following extract from the Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights (Vol. III, p. 260):

"The Assembly draft had extended the benefits of the Convention to 'all persons residing within the territories of the signatory States'. It seemed to the Committee that the term 'residing' might be considered too restrictive. It was felt that there were good grounds for extending the benefits of the Convention to all persons in the territories of the signatory States, even those who could not be considered as residing there in the legal sense of the word. The

se encontraban o habían encontrado bajo la jurisdicción del Estado demandado.

Para los demandantes, *"The exercise of 'jurisdiction' therefore involves the assertion or exercise of legal authority, actual or purported, over persons owing some form of allegiance to that State or who have been brought within that State's control. They also suggest that the term 'jurisdiction' generally entails some form of structured relationship normally existing over a period of time"*.

Habiendo la Corte constatado que los hechos eran de orden extraterritorial desde el punto de vista del demandado, el tribunal realizó un análisis sobre la cuestión principal. Esto es, si los demandantes y sus parientes fallecidos eran, como consecuencia de ese acto extraterritorial, capaces de caer dentro de la esfera de jurisdicción del Estado demandado. La conclusión fue entonces que:

*"59. As to the 'ordinary meaning' of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial. While international law does not exclude a State's exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States ..."*⁴³

La Corte recuerda que las otras bases de jurisdicción son excepcionales y ellas requieren de justificación especial en las circunstancias particulares del caso. La causal de excepcionalidad sería aceptada por tanto de forma limita-

Committee therefore replaced the term 'residing' by the words 'within their jurisdiction' which are also contained in Article 2 of the Draft Covenant of the United Nations Commission."

20. The next relevant comment prior to the adoption of Article 1 of the Convention, made by the Belgian representative on 25 August 1950 during the plenary sitting of the Consultative Assembly, was to the effect that "henceforth the right of protection by our States, by virtue of a formal clause of the Convention, may be exercised with full force, and without any differentiation or distinction, in favour of individuals of whatever nationality, who on the territory of any one of our States, may have had reason to complain that [their] rights have been violated".

21. The travaux préparatoires go on to note that the wording of Article 1 including "within their jurisdiction", did not give rise to any further discussion and the text as it was (and is now) was adopted by the Consultative Assembly on 25 August 1950 without further amendment (the above-cited Collected Edition (Vol. VI, p. 132)).

43. Grand Chamber Decision as to the Admissibility of Application no. 52207/99. <http://www.echr.coe.int>.

da, para abrir paso a una extraterritorialidad fundada en el caso en que el demandado, debido al control efectivo sobre el territorio relevante y sus habitantes en el exterior, por una ocupación militar o a través del consentimiento, invitación o aquiescencia del Gobierno de ese territorio, ejerciera normalmente los poderes públicos del Estado. En esta hipótesis, se podría atribuir al Estado de origen de los hechos para determinar qué competencias puede ejercer un Estado.

El tema es planteado además en lo que respecta a la diferencia entre el sistema del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, PCP y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PDESC. Mientras el primero contiene una cláusula que dice:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

El segundo Pacto incluye una cláusula que establece otro enfoque para el tema jurisdiccional:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación

alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La diferencia entre una y otra aproximación fue analizada por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 2004 sobre la Legalidad del Muro en Palestina, cuando afirmó que:

"111. In conclusion, the Court considers that the International Covenant on Civil and Political Rights is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory.

112. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights contains no provision on its scope of application. This may be explicable by the fact that this Covenant guarantees rights which are essentially territorial. However, it is not to be excluded that it applies both to territories over which a State party has sovereignty and to those over which that State exercises territorial jurisdiction. Thus Article 14 makes provision for transitional measures in the case of any State which "at the time of becoming a Party, has not been able to secure in its metropolitan territory or other territories under its jurisdiction compulsory primary education, free of charge".⁴⁴

Esta Opinión trata de armonizar la posibilidad de una aplicación extraterritorial de los Pactos, al amparo del concepto de jurisdicción.⁴⁵ En este ámbito, un tema aún más complejo es el del fundamento y alcance extraterritorial de las disposiciones del PDESC; la respuesta que parece alcanzar más apoyo es aquella que sostiene que existe la obligación de respetar esos derechos (DESC) cuando las acciones del Estado pueden generar impacto negativo fuera del territorio (*no harm effect*); en cambio, sería difícil demostrar la existencia de una obligación de promover esos derechos extraterritorialmente.⁴⁶ El punto se relaciona también con la naturaleza del concepto de obligación de cooperar.

44. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136, párrs. 111-112. <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>

45. M. Langford, F. Coomans and F. Gómez Isa, "Extraterritorial duties in International Law", en M. Langford, W. van Genugten, eds., *Global Justice, State Duties. The extraterritorial scope of economic, social and cultural rights in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 60.

46. Ibid. p. 73.

En la esfera de los derechos humanos el tema ha sido reiteradamente planteado: ¿cuál es el alcance de las obligaciones y derechos desde el punto de vista del ámbito espacial de la jurisdicción del Estado? La jurisdicción – como un atributo de la soberanía – y su punto de partida entonces es territorial. En el caso *Lotus*, la CPIJ afirmó que

"Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that-failing the existence of a permissive rule to the contrary-it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.

It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts 'outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present.'"⁴⁷

El concepto de jurisdicción podría tener una acepción más amplia por tanto, según se observa de la jurisprudencia del TEDH⁴⁸, respecto de territorios ocupados donde se ha puesto a prueba el efecto jurisdiccional de los convenios.

En la Corte Internacional de Justicia, diversos fallos y opiniones han incorporado referencias al tema de los DESC, insinuando su relación con la jurisdicción del Estado. Así se observa en la Opinión Consultiva sobre la Legalidad del Muro (2003), y en las decisiones sobre Actividades Armadas

47. PCIJ, S.S. 'Lotus' (France v. Turkey), PCIJ Reports, Series A, No. 10 (1927), pp. 18-19.

48. Caso *Öcalan v. Turkey* (GC), no. 46221/99, ECHR 2005-IV, p. 91.

Loizidou v. Turkey (preliminary objections), no. 15318/89, 23 March 1995, Series A no. 310, p. 62.

Cyprus v. Turkey (GC), no. 25781/94, ECHR 2001-IV, p. 76.

Issa and Others v. Turkey, no. 31821/96, 16 November 2004, p. 69.

en el Territorio del Congo ⁴⁹, Georgia c. Rusia (2011) ⁵⁰, y Uruguay c. Argentina (2007) ⁵¹.

La dualidad territorio soberano y territorio bajo control efectivo, se observó en la Opinión Consultiva sobre el Muro, donde la Corte señaló que

"109. The Court would observe that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory. Considering the object and purpose of the International Covenant on Civil and Political Rights, it would seem natural that, even when such is the case, States parties to the Covenant should be bound to comply with its provisions."

The constant practice of the Human Rights Committee is consistent with this. Thus, the Committee has found the Covenant applicable where the State exercises its jurisdiction on foreign territory. It has ruled on the legality of acts by Uruguay in cases of arrests carried out by Uruguayan agents in Brazil or Argentina (case No. 52/79, López Burgos v. Uruguay; case No. 56/79, Lilian Celiherti de Cusariego v. Uruguay). It decided to the same effect in the case of the confiscation of a passport by a Uruguayan consulate in Germany (case No. 106181, Montero v. Uruguay)." ⁵²

En las Actividades Armadas en el Territorio del Congo, la CIJ concluyó que las ramas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, debían ser consideradas. Y agregó que los instrumentos (convenciones) internacionales sobre derechos humanos eran aplicables [*"in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory"*], particularmente en territorios ocupados ⁵³.

La Corte debió también pronunciarse sobre el efecto territorial (o extraterritorial, según el ángulo de observación del juez) expuesto por Georgia en su demanda donde invocaba la Convención sobre la eliminación de todas las

49. ICJ Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo v. Uganda, Judgment, I.C.J. Reports 2005,

50. Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008, p. 353.

51. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 23 January 2007, I.C.J. Reports 2007, p. 3.

52. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136, párr. 109.

53. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p.168, párrs. 216-217.

formas de discriminación racial (Georgia c. Federación de Rusia), respecto de prácticas discriminatorias que se imputaban a Rusia en regiones de Georgia. La CIJ señaló en este caso, que ⁵⁴:

"109. Whereas the Court observes that there is no restriction of a general nature in CERD relating to its territorial application; whereas it further notes that, in particular, neither Article 2 nor Article 5 of CERD, alleged violations of which are invoked by Georgia, contain a specific territorial limitation; and whereas the Court consequently finds that these provisions of CERD generally appear to apply, like other provisions of instruments of that nature, to the actions of a State party when it acts beyond its territory"

El territorio se complejiza con el impacto del derecho del mar, en cuanto a la extensión de las competencias, los derechos y lo que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (la Convención) llama, la jurisdicción en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, así como el vínculo entre un Estado y el ejercicio de actividades en alta mar o en la Zona, por un operador no estatal.

En esta área, se pueden producir incertidumbres y diferencias, en la medida en que los Estados aceptan distinciones entre diferentes espacios marítimos y sus niveles de jurisdicción, además de que puede haber concurrencia de jurisdicciones respecto de determinados hechos u ocurrencias.

En el asunto planteado ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *Arctic Sunrise* (Países Bajos c. Federación Rusa), Países Bajos sostuvo que en la Zona Económica Exclusiva, Rusia no podía abordar buques extranjeros ya que la Convención prohibía hacerlo en alta mar (artículo 110), principio que se aplicaba en la ZEE, según el primer país. El derecho de visita y búsqueda era una excepción a esa libertad de navegación y a la jurisdicción del Estado del pabellón, y necesitaba una justificación específica sostuvo Países Bajos. No se puede presumir las excepciones, agregó. ⁵⁵

Rusia sostuvo, – aunque no se presentó ante el Tribunal – que

"On 19 September [...] within the exclusive economic zone of the Russian Federation, on the basis of Articles 56, 60 and 80 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982, and in accordance with Article 36 (1(1)) of the Federal Law "On the Exclusive Economic Zone of

54. Order – Request for the Indication of Provisional Measures, 15 October 2008, párr. 109.

55. Request for the prescription of provisional measures under article 290, paragraph 5, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, 21 October 2013. https://www.itlos.org/file-admin/itlos/documents/cases/case_no.22/Request_provisional_measures_en_withtranslations.pdf

the Russian Federation" a visit [...] to the vessel "Arctic Sunrise" was carried out.

...

*In view of the authority that a coastal State possesses in accordance with the aforementioned rules of international law, in the situation in question requesting consent of the flag State to the visit by the inspection team on board the vessel was not required"*⁵⁶

Este caso es un ejemplo de jurisdicciones aparentemente superpuestas o en colisión, que deben ser armonizadas a la luz de los artículos 56, 57 y 58 de la Convención, y donde puede haber una jerarquía de derechos jurisdicciones. En el caso, la jerarquía debe tener en cuenta los derechos vinculados al orden territorial del ribereño, y otros basados en la autoridad del Estado del pabellón, y en la libertad de navegación.

Las incertidumbres⁵⁷ que puede plantear la aplicación de la jurisdicción territorial, y sus diversas connotaciones, y que puso en evidencia el asunto Lockerbie (1988), cuando un avión comercial de PanAm fue hecho estallar en el aire por un atentado terrorista, sobre Escocia, se manifiestan también en el derecho del mar.

En el derecho del mar, Hugo Caminos ha expuesto que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, aúna una compleja trama de jurisdicciones en los ámbitos legislativo, ejecutivo y judicial, así como en lo penal y civil, tanto para el Estado ribereño como para terceros Estados⁵⁸. Precisamente, la jurisprudencia del Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar (caso Saiga⁵⁹), se refirió a la jurisdicción aduanera del ribereño en la zona económica exclusiva, así como a la legalidad del ejercicio de un derecho de persecución ininterrumpida.

En este caso, el demandante (Saint Vincent and the Grenadines) señalaba que el arresto al buque Saiga se había producido fuera de una zona donde pudiera ejercer jurisdicción territorial. El Tribunal analizó la naturaleza de los

56. Carta de 1º de octubre de 2013 de la Embajada de la Federación de Rusia en los Países Bajos al Ministerio de Relaciones Exteriores de Países Bajos. Citada en párrafo 64, Order, Request for the prescription of preliminary measures, International Tribunal for the Law of the Sea, 22 November 2013, The "Arctic Sunrise" case.

57. B. Simma y A.Th. Müller, « Exercise and limits of jurisdiction », *The Cambridge Companion to International Law*, ed. by J. Crawford & M. Koskeniemi, Cambridge University Press, 2012, pp.139-141.

58. H. Caminos, "Las normas sobre ejecución en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", *Cursos Euromediterráneos de Derecho Internacional*, V, 2001, pp. 565-611.

59. The M/V "SAIGA" (No. 2) Case, (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea). https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/merits/Judgment.01.07.99.E.pdf

derechos o el título de Guinea en cuanto a la aplicación de sus normas aduaneras en su radio de competencia aduanera. Si no poseía ese título, carecía de vínculo jurisdiccional. En el fondo, si había habido una importación ilegal de combustible al territorio de Guinea, ya que el buque Saiga estaba descargándolo en otra embarcación pesquera de St. Vincent and the Grenadines en aguas de Guinea, era la cuestión de fondo.

El Tribunal declaró que Guinea había actuado de forma contraria a la Convención (párr.136) al aplicar sus leyes aduaneras en un radio aduanero que incluía partes de la zona económica exclusiva; el arresto y al detención del buque Saiga era además, contraria a la Convención. En este caso, se discutieron también interesantes proposiciones relativas al interés público y el estado de necesidad como fundamentos del derecho del Estado costero a su protección⁶⁰. No obstante, el Tribunal no se refirió al tema de la provisión de combustible en general.

V.- EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO: DE LO EXTRATERRITORIAL A LO UNIVERSAL

En el DIP contemporáneo esta pluralidad de títulos y enfoques, queda bien resumida en el desarrollo de la experiencia legislativa de Bélgica, el caso de aplicación más amplia de la jurisdicción universal, superando el efecto de la regla *aut dedere aut judicare* que establecen diversos tratados. En Bélgica, existió hasta 2003, una competencia universal en ausencia. Esta concepción fue precisada por una decisión de la Corte de Casación⁶¹, y más tarde por sucesivas leyes de 2003, mediante un nuevo sistema que se sustenta en la jurisdicción basada en la personalidad activa y la pasiva.

En Bélgica c. Senegal⁶², (2011, asunto "Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite"), la CIJ sostuvo la tesis de que la Convención contra la Tortura establecía una obligación de las Partes de establecer su jurisdicción conforme a sus disposiciones, esto es, aunque no estuviese en juego una base territorial de jurisdicción. Así:

"119. The Court recalls that Senegal's failure to adopt until 2007 the legislative measures necessary to institute proceedings on the basis of universal jurisdiction delayed the implementation of its other obligations under the Convention. The Court further recalls that Senegal was in bre-

60. Párrs. 128-138.

61. P.d Argent, « L'expérience belge de la Compétence Universelle: beaucoup de bruit pour rien? », *Revue Générale de Droit International Public*, 108, 2004, pp.597- 632.

62. Parr. 119.

ach of its obligation under Article 6, paragraph 2, of the Convention to make a preliminary inquiry into the crimes of torture alleged to have been committed by Mr. Habré, as well as of the obligation under Article 7, paragraph 1, to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution."

La jurisdicción extraterritorial, en sentido amplio, es la que más dificultades plantea al momento de trabajar sobre temas de derechos humanos. Es la conclusión a la que llegaron también diversos fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos⁶³, e incluso de la Corte Internacional de Justicia. En este caso, recordamos los famosos casos del Wall y de las Actividades Armadas (2005).

Como sabemos, la jurisdicción se aplica a diversas funciones de un Estado: prescribir o legislar, adoptar sentencias y ejecutar. En el límite de estos problemas, se encuentran aquellas áreas donde se protege la independencia de los Estados. Es el caso de las inmunidades, las que no han sido objeto de estudio en esta ponencia.

Recordemos solamente que la CIJ decidió una demanda presentada por Alemania contra Italia⁶⁴, fundamentando el rechazo de la conducta italiana sobre la base de que la costumbre internacional continuaba requiriendo que se acordase inmunidad a otro Estado. Un Estado, sostuvo la CIJ, debe gozar de inmunidad ante acciones por cuasidelitos cometidos en el territorio de otro Estado por sus fuerzas armadas y otros órganos del Estado en el curso de un conflicto armado (párr 78). Esta tesis fue criticada en su voto disidente por el juez Gaja, quien sostuvo que debía aplicarse el concepto contenido en la Convención Europea sobre Inmunidad (art.12):

*"A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred."*⁶⁵

63. Lizidou (1985), Cyprus v. Turkey (2201), Assanidze v. Georgia (2004), Ilafcu v. Moldova and Russia (2004), Öcalan v. Turkey (2005), Issa v. Turkey (2004).

64. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy. Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

65. Citado en párrafo 2 de la Opinión disidente del juez ad hoc Gaja. <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16895.pdf>

El juez Gaja puso así, de relieve que el principio *«locus delicti commissi»* ofrece un vínculo territorial sólido, cualquiera que sea la motivación del acto o de la omisión, intencional o criminal, o accidental o por negligencia, y que las actividades califiquen de actos *jure imperii* o *jure gestionis*.

Es una nueva dimensión de la territorialidad, en afirmación de la jurisdicción primaria del Estado. Una dimensión que se compatibiliza con el régimen de las inmunidades del Estado.

VI.- PROPOSICIONES FINALES

El concepto de competencia internacional del Estado, referida como un poder jurídico conferido o reconocido por el derecho internacional a un Estado, envuelve elementos definidos como la base o título por el cual un Estado es autorizado a actuar unilateralmente, incluso más allá de su territorio.

Este poder jurídicamente tiene que ver con dos aspectos de un mismo fenómeno, ambos presentes en el ejercicio de la jurisdicción:

- La capacidad de prescribir, ejecutar y juzgar como acciones ordinarias de un Estado, y
- La autolimitación ante el ejercicio de un poder jurídico similar por otros Estados.

El derecho internacional ha desarrollado instrumentos para compatibilizar la actuación de los Estados en este ámbito, que más allá de los principios atinentes a su independencia y a la igualdad soberana, tienen una base esencialmente convencional y en ciertas materias, consuetudinaria.

En el contexto jurídico internacional, la autorrestricción de cada Estado basada simplemente en la cortesía o la moderación, no parece suficiente, pero es un factor útil para profundizar la teoría y dar más resonancia jurídica al tema.

La afirmación de una jurisdicción universal, plantea la necesidad de profundizar sus elementos y sus condiciones de ejercicio, especialmente cuando su ejercicio requiere la presencia de la persona en el territorio en el Estado que espera ejercer tal jurisdicción. La experiencia en torno a las obligaciones erga omnes muestra la tensión entre la jurisdicción territorial como un derecho y como un deber.

La tesis de la subsidiariedad como fundamento para el ejercicio de la jurisdicción estatal, particularmente la extraterritorial, ofrece interesantes elementos para el desarrollo mediante tratados internacionales, de un conjunto de jurisdicciones que pueden contribuir a una mayor eficiencia del derecho internacional.

En el derecho internacional contemporáneo un ángulo que adquiere relevancia es la posibilidad de que sea exigible una cierta conducta de parte de un Estado más allá de sus límites, a título de obligación extraterritorial y cuyo efectivo cumplimiento es no sólo deseado, sino obligatorio. En ciertos espacios de las relaciones interestatales, el tema es pertinente y merece encontrar mecanismos apropiados de ejercicio y control. El concepto de diligencia debida es también pertinente en la materia, aunque es un ángulo diferente de estudio.

Si bien en ausencia de una autoridad centralizada, la tesis de la subsidiariedad puede ayudar a encontrar una solución efectiva en las relaciones entre los Estados, es importante que la aplicación de este concepto no sea exclusivamente una forma de extender el poder normativo de un Estado fuera de su territorio (más allá de su competencia territorial), imponiéndose sobre otros. Esta discusión ha sido más evidente en materia económica, pero no es exclusiva de ella.

El papel del Estado territorial permanece como central en esta materia, sobre todo para la función ejecutiva, sin perjuicio de que las obligaciones erga omnes generan la perspectiva de una eventual pluralidad de jurisdicciones, que no deroga el rol del primero. En este contexto, continúa siendo válido lo que afirmó la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el asunto Lotus: "Todo lo que podemos pedir de un Estado, es de no sobrepasar los límites que establece el derecho internacional para su competencia"⁶⁶.

Finalmente, los temas atinentes a los derechos humanos, más que en otras áreas, han sido determinantes en la concepción teórica de las cuestiones atinentes a la jurisdicción del Estado, no solamente en cuanto a demostrar la existencia de obligaciones de respeto extraterritorial de esos derechos, sino por la necesidad de desarrollar mecanismos convencionales especiales de cooperación entre los Estados.

66. CPIJ, 1927, Série A, n°10, p.19. Traducción nuestra.
http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf

LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE LEY EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Eduardo PICAND ALBÓNICO (Chile)*
Miembro del IHLADI

ABSTRACT: The determination of the substantive law applicable to international contracts and international commercial arbitration is a matter of utmost importance to legal practitioners, insofar as it allows for the verification of the actual recognition a particular law grants to free will. Such an understanding proves essential in international contracts given the likelihood that the parties will choose the substantive law that governs their contract regardless of where the contract is executed and of any disputes that may arise between them.

The determination substantive applicable law is vitally important in the drafting of an international contract. Developments in international commercial transactions have forced changes to domestic legislation to allow for greater free will, choice of law governing the contract, and regulations regarding possible disputes between them. Today, choosing the law the judge will apply is as important as choosing venue since, at the end of the day, it will be that judge who applies the law chosen. It is no secret to international trade that international commercial arbitration has recently become the primary medium for dispute resolution, allowing the parties to choose the applicable law, including non-state law or *lex mercatoria*.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA ELECCIÓN DE LEY EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES. 1. Aspectos generales. 2. Funciones de la ley del contrato. 3.- Algunos instrumentos y tratados internacionales. 4. La autonomía conflictual. Las cláusulas de elección de ley. III.- LA ELECCIÓN DE LEY EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. 1. Introducción. 2. La Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, actualizada el 2006). 3. Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Equidad. 4.- Función del Derecho aplicable al fondo. 5. Elección del Derecho aplicable al fondo. 6. Derecho aplicable a falta de elección. 7.- Derecho aplicable al fondo y normas imperativas. V.- MODELOS DE CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE LEY.

* Profesor de Derecho Internacional Privado y Contratos Internacionales en la Universidad de Chile. Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. Director de la Unidad de Asuntos Internacionales de la Fiscalía Nacional de Chile. Correo: epicand@minpublico.cl

I.- INTRODUCCIÓN

El objeto fundamental del Derecho Internacional Privado son las relaciones privadas internacionales y su regulación a través de un pluralismo metodológico¹. Las relaciones privadas que nacen de los contratos internacionales son propias de nuestra disciplina.

La contratación internacional es una de las áreas de mayor importancia en el Derecho Internacional Privado, tanto para los particulares como para el Estado.

El contrato internacional es el instrumento jurídico más perfecto que se ha concebido para regular la circulación de la riqueza en el comercio internacional. Indudablemente cumple un rol primordial en el intercambio de bienes, servicios y derechos entre sujetos que muchas veces están situados en países distintos.

El último informe publicado por la Organización Mundial del Comercio (OMC), titulado 'Estadísticas del Comercio Internacional'², destaca los países que tuvieron mayor dinamismo y capacidad de exportación el año 2013.

La lista es encabezada por China, la segunda mayor economía a nivel mundial, al sumar un monto que ascendió a los 2.21 billones de dólares; el segundo lugar lo ocupó Estados Unidos de América, que registró 1.57 billones de dólares, mientras que Alemania, la economía dominante de la zona euro se posicionó en el tercer lugar con 1.45 billones de dólares.

En 2013, señala el Informe, el valor de las exportaciones de mercancías mundiales alcanzó un valor de 18.8 billones de dólares (bdd). Los servicios comerciales representaron el 20% del comercio mundial total de mercancías y servicios comerciales, lo que supuso un aumento del 1% con respecto al año 2012. El contrato internacional es el instrumento jurídico a través del cual se materializan estos negocios, de modo tal que su estudio es fundamental en la sociedad cada vez más globalizada en la que nos encontramos.

Las relaciones privadas internacionales normalmente deben enfrentarse al llamado "dilema del intercambio", esto es, la inseguridad de saber qué derecho y ante qué tribunal tendré que demandar si mi contraparte no cumple con

su prestación. La inexistencia en el orden internacional de un único Derecho Privado que pueda hacerse cargo de todas las relaciones privadas internacionales; genera incertidumbre ante la posibilidad que, naturalmente, puedan aplicarse diversos ordenamientos jurídicos a una misma relación contractual o sean varios los tribunales estatales que puedan asumir competencia judicial para conocer y resolver una determinada controversia. Es precisamente el Derecho Internacional Privado, a través del pluralismo metodológico que utiliza en la reglamentación de las relaciones privadas internacionales, quien está llamado a resolver este dilema. La norma de conflicto cumple un rol fundamental pues permite localizar espacialmente el ordenamiento jurídico exacto que debe gobernar el contrato.

Los operadores del comercio internacional necesitan instrumentos jurídicos que otorguen seguridad y previsibilidad a las decisiones y acuerdos que adoptarán al momento de redactar un contrato internacional. Como hemos dicho, la cuestión no sólo interesa a los particulares, sino también al Estado. En efecto, hemos sido testigos durante los últimos años de diversos esfuerzos de la comunidad internacional y del mercado en orden a discutir nuevos textos que regulan los negocios internacionales, ya sea haciéndose cargo de los principios generales que gobiernan la contratación internacional y derechamente a través de instrumentos que regulan contratos internacionales en particular. No obstante lo anterior, los legisladores, a diferencia de los contratantes, buscan cautelar el imperio de sus leyes, lo que muchas veces ha sido un impedimento para lograr soluciones comunes en la Comunidad Internacional, al menos a través de la ratificación de tratados internacionales en materia contractual.

Los esfuerzos de unificación no sólo han sido del Estado, sino también de organismos internacionales y de Institutos o Centros de Comercio existentes en el mundo.

Organismos Internacionales de gran importancia en la Comunidad Internacional, han ido sustituyendo sus métodos tradicionales de regulación (tratados internacionales) por otros más flexibles (Leyes Modelo) que permitan a los Estados incorporar el contenido de sus regulaciones como leyes internas, evitando así los inconvenientes de suscribir tratados internacionales que luego no son aprobados en el orden interno por los Estados suscritores. En efecto, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNICTRAL), ha enfocado sus esfuerzos hace muchos años en la elaboración de instrumentos específicos en diversas materias de gran importancia tales como compraventa internacional de mercaderías; el contrato de transporte internacional, el leasing internacional; el factoring interna-

1. Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto : *Derecho Internacional Privado*, Editorial Civitas, 6ª edición, Madrid, pp. 23 y ss. Audit, Bernard, *Droit International Privé*, sixième édition avec le concours de Louis d'Avout, Economica, Paris, 2010, pág. 4. Mayer, Pierre; Heuzé, Vincent, *Droit International Privé*, 10e édition, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2010, pág. 2. Calvo Caravaca, Alfonso Luis; Carrascosa González, Javier, *Derecho Internacional Privado*, Volumen 1, 12ª edición, Comares, Granada, 2011, pág. 2.

2. Véase: http://www.wto.org/spanish/res_s/statistics/its2013_s/its13_toc_s.htm

cional; el comercio electrónico, el arbitraje comercial internacional, la insolvencia transfronteriza, entre otras. La Organización de Estados Americanos (OEA), a través de las Conferencias Internacionales Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), también se ha preocupado de uniformar diversos aspectos de contratación internacional, tanto a nivel general como especial.

El Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) ha elaborado los "Principios sobre Contratos Mercantiles Internacionales" (2010), y la Conferencia de La Haya, ha adoptado durante los últimos años importantes resoluciones en esta materia.

Las Asociaciones de Comerciantes también han cumplido un rol fundamental, creando Derecho "a-nacional", basado en reglas directas de buen comportamiento contractual que deben observar los comerciantes en sus transacciones, sin remitir a un Derecho estatal determinado. Por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, ha elaborado los INCOTERMS (2010), cuya utilidad en los contratos internacionales es innegable, así como también las "Reglas Uniformes relativas a los Créditos Documentarios (UCP 600), que reglamentan en la actualidad el medio de pago más importante del comercio internacional. Es lo que se conoce como "Derecho Transnacional", el que tampoco ha estado exento de críticas por la falta de neutralidad que importaría su aplicación a pequeños comerciantes que deben aceptar su uso en las transacciones con las grandes empresas multinacionales.

La "Nueva Lex Mercatoria"³ es "...the law proper to international economic relation..."⁴, esto es, la costumbre mercantil internacional, o sea, el conjunto de usos y prácticas acordadas por los comerciantes para regular sus transacciones y que obedecen a un imperativo jurídico. Es Derecho blando creado por los comerciantes y para los comerciantes con el objeto de reglamentar sus relaciones privadas internacionales. La "nueva" lex Mercatoria es recogida a diferentes escapadas, pudiendo encontrar manifestaciones de ella en Leyes Modelo, Principios de Derecho Uniforme, usos jurídicos de aceptación general en el comercio internacional, folletos, entre otros. Sus reglas y normas regulan ciertos aspectos de los negocios transnacionales y no todos, de

3. Se habla de "nueva" lex mercatoria con el objeto de diferenciarla de la *lex mercatorum* de los siglos XI y XII que se generó fundamentalmente en ciudades italianas, francesas y españolas, y a través de las cuales los mercaderes regulaban sus transacciones en el intercambio de bienes entre las ciudades.

4. Goldman, Bertrand: "Frontières du Droit et lex mercatoria", *Archives de Philosophie du droit*, 1964, volumen 9, p. 47.

modo tal que es un error sostener que lex Mercatoria es todo aquello fundado en fuentes a-nacionales, como lo ha sostenido algún autor en orden a considerar –incluso– los laudos arbitrales como manifestación de ella. Si bien operaran de manera autónoma y otras veces complementaria a los ordenamientos internos, no es menos cierto que no todo lo que hacen los comerciantes es lex Mercatoria, sino que debe calificarse en general en la medida que configure institutos de aplicación uniforme. Por ejemplo, los Principios UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales (2010), son indudablemente una manifestación bastante legitimada de la lex Mercatoria, pero eso no implica que todas las materias que regula en su articulado sean necesariamente una manifestación de ella, pues en la medida que no merezcan un reconocimiento y uso transversal, podrían no necesariamente serlo. Sin perjuicio de lo anterior, hay que decir que la lex Mercatoria ofrece muchos beneficios y ventajas a los operadores del comercio internacional, puesto que habitualmente conocen su contenido y al pactarlo eluden las inseguridades y eventuales desventajas que podría ocasionar el sometimiento a un determinado derecho nacional que, muchas veces, corresponde al de la contraparte.

Como veremos más adelante, en el Arbitraje Comercial Internacional, la aplicación de la lex Mercatoria tiene un significado muy relevante, pues los árbitros no están sometidos ipso iure a ningún derecho estatal como sí lo están los jueces estatales a su lex fori. Las partes podrían acordar perfectamente que los árbitros utilicen lex Mercatoria para resolver la controversia, en la medida que ella sea aceptada por el Estado sede y no vulnere sus normas imperativas.

En cambio, para el juez estatal, la aplicación de la lex Mercatoria en el caso concreto opera de diferente manera, pues su obligación siempre será la de aplicar las normas de Derecho Internacional Privado de su lex fori, de modo tal que sólo podrá utilizarla en la medida que ellas lo permitan, reconociendo por ejemplo la ley de la autonomía, o en aquellos eventos en que las partes hayan incorporado al contrato el contenido normativo de la lex Mercatoria en uso de la autonomía material.

En suma, el Derecho Uniforme del Comercio Internacional y la Lex Mercatoria ha cumplido un rol fundamental en la unificación del Derecho Privado y en el desarrollo de la economía, entregando a los operadores instrumentos jurídicos que han cumplido un rol fundamental en el intercambio internacional de bienes, servicios y derechos. Así se ha dicho que "*The success of the Convention [la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías] can be gauged by the fact that it has proved acceptable to nations with different legal systems, varying levels of economic*

development, and diverse political systems. It is said that the CISG has become the lingua franca of sales."⁵

La determinación del derecho aplicable al fondo en los contratos internacionales y en el arbitraje comercial internacional, es una materia de la mayor importancia para los operadores jurídicos, pues permite verificar el real reconocimiento que tal o cual Derecho le concede a la autonomía de la voluntad, lo que en contratación internacional resulta fundamental ante la posibilidad cierta que las partes puedan elegir anticipadamente el derecho sustantivo que regulará su contrato –con independencia al lugar donde se celebra– y las eventuales controversias que puedan suscitar entre ellas.

La determinación del derecho aplicable al fondo es uno de los aspectos más relevantes en la redacción de un contrato internacional. El desarrollo de las transacciones comerciales internacionales ha impuesto la necesidad de modernizar las legislaciones internas con el objeto de ampliar los alcances de la autonomía de la voluntad, permitiendo que las partes puedan acordar cláusulas de elección de ley que regulen el contrato y las posibles controversias que surjan entre ellas. Ahora bien, elegir la ley que debe aplicar el juzgador es tan importante como determinar el tribunal que conocerá las controversias, pues finalmente será quien aplique el derecho elegido. En el comercio internacional, es bien sabido, el arbitraje comercial internacional se ha transformado hace no poco tiempo en el principal mecanismo de solución de controversias, permitiendo que las partes, en la elección del derecho aplicable, incluso, puedan sujetarse a derecho no estatal o *lex Mercatoria*.

II.- LA ELECCIÓN DE LEY EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

1.- Aspectos generales.

Los criterios para la determinación del derecho aplicable al fondo en los contratos internacionales han evolucionado mucho con el paso del tiempo. En la antigüedad, el derecho aplicable al contrato era una consecuencia directa del tribunal competente encargado de resolver la controversia, pues teniendo éste la obligación de aplicar su propia ley nacional, el contrato no podía quedar regulado por otro cuerpo legal que un fuera ese. Durante la Alta Edad Media, los contratos quedaban sujetos a la ley personal de cada contratante, pues las estipulaciones contractuales se consideraban actos unilaterales.

5. LOKEN, Keith. "A New Global Initiative on Contract Law: Right Project, Right Forum?", *Villanova Law Review* [Vol. 58: 2013], p. 511.

Posteriormente, con la aparición de las Escuelas Estatutarias, los contratos internacionales quedaron sujetos en cuanto a su forma, validez y efectos a la ley del lugar donde se celebraban (*lex Loci Contractus*), pues entendían que los contratos que se celebraban dentro del territorio de un Estado quedaban sujetos inmediatamente a su soberanía. El criterio aludido fue sustituido más tarde considerando que la *lex loci contractus* podía ser un elemento puramente casual en el contrato que no necesariamente generaba un vínculo estable en el tiempo entre los contratantes, de modo tal que resultaba más apropiado someter el fondo del contrato a la ley del lugar donde se cumplieran las obligaciones (*Lex Locus Executionis*), independiente el lugar donde se hubiera concretado el contrato. Sin embargo, someterse a este nuevo factor no eliminaba en caso alguno las dificultades pues, si bien el lugar de ejecución podría tener más incidencia en el cumplimiento de las obligaciones que el lugar de la celebración del contrato, finalmente ambos podían ser lugares puramente anecdóticos para las partes⁶. Teniendo en cuenta estos antecedentes y considerando que las obligaciones contractuales muchas veces debían cumplirse en varios Estados, surgió la necesidad de reconocer la libertad de las partes en la elección del derecho aplicable a los efectos de un contrato internacional, dejando como criterios supletorios la ley del lugar de celebración del contrato o de ejecución de las obligaciones, pues ello entregaría mayor previsibilidad y seguridad jurídica a los contratantes, quienes podrían sujetarse válidamente así al Derecho que de mejor manera cumpliera sus expectativas, siempre en la hipótesis que se tratara de un contrato internacional y no puramente interno, pues finalmente la elección del lugar donde se celebraba el contrato, así como también la elección del lugar donde debían cumplirse las obligaciones no era más que una manifestación de la voluntad de las partes.

En Derecho Comparado y en los principales tratados e instrumento que existen actualmente, se reconoce que las partes de un contrato internacional tienen la facultad para elegir la ley aplicable. A falta de elección, los puntos de conexión más comunes que se utilizan son el lugar de celebración; la ley del país donde tenga residencia habitual la parte que debe realización la prestación característica del contrato; la ley del país con la cual el contrato tenga vínculos más estrechos, entre otros.

La posibilidad que las partes elijan el derecho sustantivo que deberá apli-

6. Don Andrés Bello, al redactar las normas de Derecho Internacional Privado en el Código Civil chileno, entendió expresamente que la ley del lugar de ejecución del contrato era determinante para la aplicación del derecho nacional (artículo 16 inciso 3° del Código Civil).

carse al cumplimiento del contrato y a la resolución de las controversias constituye un principio fundamental en el Derecho contractual moderno⁷.

2.- Funciones de la ley del contrato.

La ley del contrato (*Lex Contractus*) cumple las siguientes funciones:

a) *Crear el contrato:*

La ley del contrato le da fuerza vinculante entre las partes y fija los requisitos de su existencia. Siempre debe existir en último término una ley estatal que le reconozca validez y dote de fuerza vinculante al acto jurídico que celebran las partes. El contrato no existirá ni será válido mientras una ley no le reconozca existencia y validez.

b) *Determinar las materias que pueden regular las partes:*

La ley del contrato fija los límites de la libertad contractual, esto es, indica a las partes qué cláusulas pueden pactar válidamente y cuáles no.

c) *Suplir los vacíos del contrato.*

Muchos contratos dejan enormes vacíos de regulación, ya sea porque las partes así lo han querido o porque simplemente han sido celebrados a través de medios o formularios que no permitían una redacción más exhaustiva de sus cláusulas. En todo aquello no regulado por las partes a través de las cláusulas contractuales, deberá utilizarse la ley del contrato para llenar estos vacíos.

d) *Regula la interpretación del contrato y los modos de extinguir las obligaciones.*

La ley del contrato indica las normas estatales que deben utilizarse para interpretar el contrato y los modos de extinguir las obligaciones.

3.- Algunos instrumentos y tratados internacionales relevantes.

3.1. *El Reglamento Roma I.*

En la Unión Europea, la ley aplicable a las obligaciones contractuales se encuentra regulada en el Reglamento Roma I [Reglamento N° 593/2008, de 17 de junio de 2008], el cual sustituyó al Convenio de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, de 19 de junio de 1980. Su texto es aplicable a todos los Estados Miembros de la Unión Europea

7. Audit, ob. cit., pág. 716. Leible, ob. cit., pág. 215. Nygh, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, New York, 1999, pág. 13. Calvo Caravaca, "El Reglamento Roma I...", cit., págs. 57 a 85. Castellanos Ruiz, ob. cit., págs. 56 a 110. Carrascosa González, ob. cit., págs. 110 a 167. Leible, ob. cit., *passim*.

[Artículos 288 TFUE], a excepción de Dinamarca [Protocolo 22 anejo al TFUE].

El nuevo Reglamento es una clara manifestación del proceso de "europeización" que viene experimentando hace mucho tiempo el Derecho internacional privado en ese continente, y entrega a los Estados Miembros un instrumento de flexible modificación que se ajusta a los estándares exigidos al intercambio recíproco de bienes y servicios en un espacio de seguridad, libertad y justicia. Por tal motivo se exige a todos los Estados que al aplicarlo respeten los principios de "internacionalidad" y "uniformidad" propios de los instrumentos de Derecho Uniforme del Comercio Internacional, limitándose en consecuencia la utilización de criterios nacionales para fijar su aplicación.

El Reglamento Roma I es un texto que contiene diversas normas de conflicto destinadas a determinar el derecho aplicable a los contratos internacionales.

El contrato se regirá por la ley elegida por las partes, siempre que la elección sea válida (artículo 3° RR-I). A falta de dicha elección o en caso que ella no sea válida, el Reglamento distingue cuatro situaciones: a) si el contrato puede calificarse como alguno de los ocho expresamente regulados en el instrumento, se aplicará la ley que al efecto se ha designado (artículo 4.1 RR-I); b) si el contrato no es encuadrable dentro de alguna de las categorías reguladas, deberá aplicarse al mismo la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que debe cumplir la prestación característica del contrato (artículo 4.2 RR-I); c) los contratos no incluidos precedentemente, quedarán regidos por la ley del país con el cual guarden un vínculo más estrecho (artículo 4.4 RR-I) y d) si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto al señalado en los artículos 4.1 y 4.2 del RR-I, entonces el contrato quedará regido por esta otra ley (artículo 4.3 RR-I).

El texto no modifica el contenido de los tratados internacionales que hayan sido suscritos previamente entre un Estado Miembro de la UE y un Estado que no sea Miembro. En consecuencia, su aplicación material está determinada por la existencia de una obligación contractual de carácter internacional o una situación que implique un conflicto de leyes (artículo 1° 1°), esto es, que posea cualquier elemento objetivamente extranjero que permita la aplicación de más de un derecho. No obstante lo anterior, si todos los elementos del contrato están localizados en un mismo Estado, el Reglamento Roma I igualmente será aplicable si tiene una cláusula de elección de ley a un derecho extranjero, pues en tal caso dicho elemento se erige como el criterio internacionalizante (artículo 3.3 RR-I), pues produce o podría producir finalmente un conflicto de leyes.

El Reglamento Roma I sólo regula obligaciones contractuales entre sujetos de Derecho Privado, de modo tal que no es aplicable a los contratos internacionales que celebra el Estado en su calidad de tal.

Quedan excluidas de su aplicación las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II) y todas aquellas materias contractuales que tengan una regulación legal especial (acuerdos de arbitraje y elección de foro; títulos de crédito; derecho de sociedades, entre otras),⁸ así como también las materias referidas a estado civil, la capacidad para celebrar actos y contratos y las relaciones de familia.

El Reglamento Roma I se aplica con total independencia a la nacionalidad, residencia o nacionalidad de los contratantes, al lugar donde se cumplan las obligaciones del contrato o la ley que se haya elegido como aplicable.

3.2. Los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales (2010).

Si bien los Principios reconocen en el capítulo I la libertad contractual de las partes (autonomía material), no realiza una referencia explícita a la autonomía conflictual, aunque los comentarios oficiales parecieran indicar que sus autores quisieron darle un alcance amplio a sus términos.⁹

3.3. La Convención de Viena de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías:

El artículo 6° de la CIM reconoce la autonomía material y conflictual, al disponer que "Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos". Las normas de la Convención, salvo el artículo 12, tienen carácter dispositivo, esto es, las partes pueden, a través de la autonomía de la voluntad, pactar su exclusión o hacer variar los efectos de sus disposiciones, permitiendo la elección de otras normas jurídicas al mismo contrato.

3.4. Los Tratados de Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional, de 1889:

8. Véase lo dispuesto en el artículo 1.2 del RR-I.

9. Los comentarios al artículo 1.1 señalan expresamente que "El principio de libertad de contratación es de fundamental importancia en el comercio internacional. Así como los comerciantes gozan del derecho de decidir libremente a quien ofrecer sus mercaderías o servicios y por quien quieren ser abastecidos, también tienen libertad para acordar los términos de cada una de sus operaciones. Esta libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad".

No regulan de modo alguno la autonomía conflictual¹⁰.

3.5. El Código de Derecho Internacional Privado, de 1928:

El CB no alude expresamente a la facultad de las partes de elegir el derecho aplicable al fondo en el contrato¹¹.

La delegación chilena formuló una reserva general al momento de ratificar la Convención de La Habana de 1928, que le dio vida al Código, la cual ha sido duramente criticada por restarle aplicación práctica al Código. La reserva señala que: "[...]ante el Derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros."

3.6. La Convención de México de 1994.

En el seno de las CIDIP, la Convención de México de 1994 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, regula expresamente la facultad de elegir el derecho aplicable¹², al disponer en su artículo 7° que "El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo". Agrega luego que "La

10. Santos Belandro, Rubén, *El Derecho aplicable a los contratos internacionales, con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, pág. 65. En el mismo autor, sobre las discusiones en los trabajos preparatorios: págs. 56 a 65.

11. La Convención fue firmada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, de los cuales: Argentina, Brasil, Colombia, México, Paraguay y Uruguay. Fuente: <http://www.oas.org>.

12. La Convención Interamericana de 1994 fue adoptada en la quinta reunión de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado "CIDIP V" efectuada en México. A la fecha, la Convención sólo está en vigor para México y Venezuela, conforme a lo dispuesto en el artículo 28. A la fecha, los países signatarios de la Convención son: Bolivia (17 de marzo de 1994); Brasil (17 de marzo de 1994); México (27 de noviembre de 1995, depositó el instrumento de ratificación el 20 de agosto de 1996 y en vigor desde el 15 de noviembre de 1996); Uruguay, (17 de marzo de 1994) y Venezuela (17 de marzo de 1994, depositó el instrumento de ratificación el 22 de septiembre de 1995 y en vigor desde el 26 de octubre de 1995). Véase: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_home.htm. Santos Belandro, ob. cit., pág. 71. Veytia, Hernany, "La convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 25, (1995), págs. 386 a 387.

selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”.

3.7. *Proyecto de Principios de la Conferencia de La Haya sobre la elección del Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales (2012).*

La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), emprendió el 2006 un estudio sobre la viabilidad de la elaboración de un instrumento flexible y no vinculante sobre la elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales, que sirviera de fuente de inspiración para los legisladores y los operadores jurídicos. De hecho, el 2013, uno de los representantes latinoamericanos en el Grupo de Trabajo de La Haya, el profesor José Moreno Rodríguez, presentó al Congreso Nacional de su país un Proyecto de Ley sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, basado en estos Principios.

Los Principios reconocen expresamente el principio de autonomía de la voluntad como factor esencial en la determinación del Derecho aplicable al fondo del asunto.

El artículo 2° de los Principios dispone: “Libertad de elección. 1. Un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes”.

Las normas contenidas en los Principios son aplicables y comunes para jueces nacionales y los árbitros.

Sus disposiciones recogen la mejor doctrina de la Convención de México de 1994 y del Reglamento Roma I, analizando las diferentes alternativas ofrecidas en Derecho Comparado; en suma, entrega a la comunidad jurídica un instrumento acabado y actualizado sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales que deberá tenerse muy en cuenta ante futuras reformas legales en esta materia.

4.- La autonomía conflictual. Las cláusulas de elección de ley.

Como hemos dicho anteriormente, el principio de la autonomía de la voluntad constituye la piedra angular sobre la cual descansa toda la contratación internacional y, por tanto, la libre elección de las partes en cuanto al derecho aplicable es el factor de conexión que goza primacía en esta materia ¹³.

La doctrina ha sostenido, con razón, que la autonomía de la voluntad

13. Villarroel, Carlos y Villarroel, Gabriel: “Determinación de la Ley Aplicable a los Derechos y Obligaciones Emanados de los Contratos Internacionales”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 17, 1990, p. 351.

Para una versión en línea, ver: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649697.pdf>.

posee importantes ventajas por sobre otros sistemas de elección de ley aplicable a la relación contractual. Estos motivos se han dejado entrever al introducir el estudio del tema y son, a nuestro parecer, principalmente: 1) La Seguridad Jurídica permite la elección previa y estable del derecho por las partes. En este sentido, las partes lo acuerdan y así evitan posteriores conflictos sobre derecho aplicable, evitando que sea el juez quien decida por ellas. 2) La Adecuación a los Intereses de las Partes es un beneficio innegable de la autonomía en la elección de ley. Así, las partes pueden elegir el derecho que más se ajuste a sus necesidades, evitando la rigidez de sistemas jurídicos que cambian más lento de lo que cambia la forma de hacer negocios. Así lo ha sostenido la doctrina más autorizada del tema: “[...] si se parte de la idea que el mercado es el mecanismo donde se asignan los recursos de manera más eficiente, debe ser precisamente ese mecanismo el que diseñe las normas que regulan tal asignación; además, en tanto que la norma de origen estatal se suele considerar ajena al mercado, la creada por los operadores económica se incardina perfectamente en este último. De acuerdo con este planteamiento un sistema de normas consuetudinarias cuya evolución es espontánea y se adapta día a día a las necesidades del tráfico, tiende a generar reglas mucho más eficaces que las que pueden proceder del obrar de los Estados.” ¹⁴

La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado distingue dos modalidades: la autonomía conflictual (elección de ley) y la autonomía material (contenido del contrato).

La autonomía material está constituida por todo aquello que las partes han pactado en el contrato y que constituye su contenido.

La autonomía conflictual es la libertad de elegir el derecho aplicable ¹⁵ al contrato. Las partes pueden decidir por ellas mismas a qué derecho se somete la relación jurídica existente entre ellas” ¹⁶.

4.1. Concepto

La autonomía conflictual es la facultad que permite a las partes elegir el

14. Fernández Rozas, José Carlos. *Teoría y Praxis en la Codificación del Derecho de los Negocios Internacionales*, p. 125. Versión en línea disponible en: http://eprints.ucm.es/6581/1/TEORIA_Y_PRAXIS_DE_LA_CODIFICACION.pdf [fecha de consulta 17/08/2014].

15. Es discutido el alcance de dicha autonomía en la determinación de la ley aplicable, para un análisis a fondo ver: *Ibidem*, texto completo.

16. Leible, Steffen. “La Importancia de la Autonomía Conflictual Para el Futuro del Derecho de los Contratos Internacionales”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, pp. 215. Para una versión en línea, ver: <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/1156/555>.

derecho aplicable al contrato internacional¹⁷. A través de esta elección, las partes no hacen otra cosa –como enseñaba el maestro Batiffol– que “localizar” el contrato que celebran con una ley determinada.

Se ha sostenido que “...pocos principios son tan reconocidos como el de la autonomía de la voluntad, y en particular, el de la voluntad de las partes para designar la ley que se aplicará a sus operaciones o relaciones contractuales. En ese contexto, *las partes en un contrato internacional, son libres para designar la ley o los principios que gobernarán sus relaciones* y de, inclusive, eliminar la posibilidad de que algunas normas se apliquen a esas relaciones”¹⁸. Históricamente, esta autonomía conflictual se mantuvo incólume hasta el siglo XIX, en donde diversos factores económico-culturales como el mercantilismo liberal y el progreso de los medios de comunicación lograron la superación histórica de los criterios localistas –la *lex loci contractus*– establecidos por las Siete Partidas, cuyo fundamento a su vez era el inmortal Digesto. Paulatinamente, los legisladores, jueces y académicos, fueron adaptándose a las necesidades de un nuevo orden económico-social, cuestión que derivó en la exaltación de la autonomía de la voluntad en materia contractual¹⁹.

Por tal motivo resulta “...común en el panorama comparado que los sistemas de Derecho Internacional Privado atribuyan a los contratantes la posibilidad de elegir mediante acuerdo la ley estatal aplicable al contrato, la facultad de elección de la ley del contrato encuentra su fundamento en el principio de libre disposición, al tiempo que aporta una significativa dosis de seguridad jurídica, permitiendo eliminar las dificultades propias de la determinación objetiva de la ley aplicable”²⁰. Entre otros, se han mencionado como fundamentos de la autonomía conflictual el respeto a los intereses de las partes, la garantía de seguridad jurídica y la superación de la problemática norma de

conflicto mediante la armonía internacional de decisiones y la unificación del derecho internacional privado²¹.

La utilidad que presta la autonomía conflictual en la contratación internacional es innegable pues satisface las exigencias que puedan tener las partes y les entrega seguridad jurídica puesto que tendrán el dominio del hecho sobre la base del Derecho al que se quieren someter. En dos palabras: les permite a las partes someterse al Derecho material más adecuado a sus propios intereses.

Asimismo, la autonomía conflictual les permite fijar los márgenes de actuación normativa que tendrá el tribunal para resolver las eventuales controversias que pudieran suscitarse entre ellas²². De esta forma, las partes pueden elegir conforme sus necesidades las normas materiales que más se acomodan a sus propias expectativas contractuales, pudiendo someterse así a una ley estatal neutral de modo que ninguna de ellas imponga su propio derecho o porque simplemente dicha normativa entrega mayores seguridades para los contratantes²³; someter por anticipado a una determinada ley todos los con-

21. Leible, Steffen, “La Importancia de la Autonomía Conflictual Para el Futuro del Derecho de los Contratos Internacionales”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2011, Vol. 3, N° 1, pp. 217-220.

22. Aljure Salame, Antonio, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2011, pág. 55. Calvo Caravaca, Alfonso Luis; Carrascosa González, Javier, “Contratos internacionales I”, en *Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Alfonso Luis Calvo Caravaca; Javier Carrascosa González (Directores), 12ª edición, Comares, Granada, 2011, pág. 633. Mayer; Heuzé, ob. cit., pág. 535. Sobre el origen de la autonomía conflictual véase Carrascosa González, Javier, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, págs. 118 y 119.

23. En este sentido la justificación de la autonomía conflictual empieza a ser un lugar común en la doctrina contemporánea sobre Derecho de los negocios internacionales. Pueden verse entre otros: Calvo Caravaca, Alfonso Luis, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 1, n° 2, (2009), págs. 60 a 61. Calvo Caravaca; Carrascosa González, “Contratos internacionales I”, ob. cit., págs. 634 a 636. Carrascosa González, ob. cit., págs. 119 a 123. Castellanos Ruiz, Esperanza, *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pág. 56. Esplugues Mota, Carlos; Iglesias Buhigues, José Luis, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 450. Földstein de Cárdenas, Sara L., *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Autonomía de la voluntad. Lex mercatoria*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, págs. 63 y 71 a 73. Jacquet, Jean – Michel; Delebecque, Philippe; Corneloup, Sabine, *Droit du commerce international*, 2e édition, Dalloz, Paris, 2010, págs. 206 a 207. Leible, Stefan, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 3, n° 1, (2011), págs. 217 a 218. Sobre el particular, el autor precisa que: “La conexión del contrato de acuerdo con la voluntad de las partes evita la pérdida de seguridad jurídica inherente a todo método de conexión individualizante y posibilita una decisión flexible, adecuada a la multiplicidad de supuestos de hecho”. Leible, ob. cit., pág. 220. Marrella, Fabrizio, “Autonomia privata e contratti internazionali”, en *Autonomia contrattuale e*

17. Véase la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa, de 5 de diciembre de 1910, en el caso *American Trade Company* contra *Quebec Steamship*. Miguel Asensio, Pedro “Contratación comercial internacional”, en *Derecho de los negocios internacionales*, José Carlos Fernández Rozas; Rafael Arenas García; Pedro Alberto de Miguel Asensio, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2011, pág. 317.

18. Rodríguez Fernández, Maximiliano, Bonilla, Fabio Andrés, Franco Zarate, Javier Andrés, “Régimen Jurídico Aplicable al Contrato: La Internacionalidad del Contrato”, *REVISTA e – Mercatoria* Volumen 6, Número 2 (2007), p. 4.

19. Caravaca, Alfonso, “El Reglamento Roma I Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales: Cuestiones Escogidas”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2009), Vol. 1, No 2, p. 60.

20. De Miguel Asensio, Pedro A., “Armonización Normativa y Régimen Jurídico de los Contratos Mercantiles Internacionales”, *Diritto del Comercio Internazionale*, vol. 12, núm. 4, Ottobre-Dicembre, 1998, p. 17.

tratos que celebren entre ellas en el futuro; elegir un derecho extranjero que ambas conocen; elegir la *lex mercatoria* (autonomía conflictual mercatoria) como ley aplicable al fondo, entre otras tantas alternativas.

La validez de la cláusula de elección de ley estará sujeta a la ley del contrato²⁴ y en todo caso a la *lex fori*.

4.2. Elección de ley expresa y elección de ley tácita

La cláusula de elección de ley debe sea clara e inequívoca, de manera tal que se manifieste la voluntad real que tuvieron los contratantes al elegirla.

Las partes pueden elegir la ley del contrato de dos maneras: expresa o tácitamente. Así lo reconocen el artículo 3.1 del Reglamento Roma I; el artículo 7° de la Convención de México de 1994 y el artículo 4° del Proyecto de Principios de la Conferencia de La Haya.

El artículo 931 del Código de Comercio chileno, a propósito del derecho aplicable al contrato internacional de fletamento, indica que las partes pueden “pactar expresamente” que se someta a un derecho distinto al chileno, pero no indica cómo ni de qué manera se entenderá dicha elección. Respecto a la elección tácita o implícita, no existe regulación interna.

La elección expresa tendrá lugar cuando consta indubitadamente y así se ha expresado en términos explícitos, ya sea a través de un documento escrito, intercambio de correos electrónicos, fax o incluso de manera verbal, sin perjuicio de las dificultades probatorias que esto último pudiere ocasionar²⁵. Asimismo, la elección expresa puede constar en condiciones generales de contratación que hayan “acordado” las partes. De igual forma, habrá de considerarse “expresa” aquella elección propuesta en una oferta en donde posteriormente el contrato se perfecciona por la ejecución de las obligaciones contractuales.

“El contrato se regirá por la ley chilena”

“The contract shall be governed by the Laws of Chile”

“This Agreement shall be governed and shall be construed in accordance with the Laws of Chile”

diritto privato europeo, a cura di Gianluca Sicchiero, Cedam, Milano, 2005, pág. 224. Mayer; Heuzé, ob. cit., págs. 537 a 538. Miguel Asensio, ob. cit., pág. 317. Penadés Fons, Manuel, *Elección tácita de ley en los contratos internacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 25.

24. Véase lo dispuesto en los artículos 3.5 y 10.1 del Reglamento Roma I, y artículo 10 de la Convención de México, de 1994.

25. Carrascosa González, ob. cit., pág. 126. Penadés Fons, ob. cit., pág. 28. Volker, Behr, “Rome I Regulation. A – mostly – Unified Private International Law of Contractual Relationships Within – most – of the European Union”, en *The Journal of Law and Commerce*, 29: 2, (2011), pág. 242.

La elección tácita, en cambio, es aquella manifestación de voluntad clara e inequívoca, no presunta, que resulta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

El artículo 7° de la Convención de México señala que la elección “.... debe desprenderse en forma *evidente* de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto”.

El Reglamento Roma I exige que de manera “*inequívoca*” pueda desprenderse dicha elección, superando el umbral exigido por su antecesor (Convenio de Roma), que sólo aludía a la expresión “de manera cierta”. Esto quiere decir que el juez o el árbitro debe adquirir una convicción total que las partes eligieron tal o cual derecho y no otro.

El artículo 4° de los Principios de la Conferencia de La Haya, dispone que “La elección del Derecho aplicable, o cualquier modificación de la elección del Derecho aplicable, debe efectuarse de manera expresa o *resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias*”.

Los “términos del contrato” aluden a aquella hipótesis en que las partes no han explicitado el derecho aplicable convencidos que su voluntad de aplicar una ley determinada es evidente. Esto ocurriría por ejemplo si el contrato celebrado y ejecutado en Chile contuviera una cláusula que indicare que el mismo quedara sometido a la “legislación local vigente”.

Las “circunstancias del caso” aluden al conjunto de actos o hechos que rodean la operación en todo el iter contractual, como podría ocurrir con un contrato celebrado entre dos japoneses en Japón, redactado en idioma japonés y en donde se alude expresamente a institutos propios de dicho sistema jurídico.

Existiría elección tácita de ley por ejemplo en un contrato de suministro entre dos empresas en donde acuerdan que la ejecución del contrato se ajustará a las “condiciones habituales pactadas anteriormente entre las partes”, existiendo en los contratos celebrados previamente entre ellas una cláusula expresa a un determinado derecho estatal.

Todos estos casos muestran circunstancias contractuales en donde es posible concluir inequívoca y razonablemente que la voluntad de las partes, si bien no expresada pero si exteriorizada, fue la de elegir tal o cual derecho.

Se ha dicho con razón que “*It is almost universally accepted that, subject to limited exceptions, the law chosen by the parties governs a contract. Accordingly, it is unproblematic to give effect to this choice where it has been*

made expressly. Where a choice of law is not made expressly, giving effect to that choice is significantly more difficult."²⁶

En todo caso, como hemos dicho, la voluntad de elegir la ley del contrato debe ser inequívoca o evidente para que pueda producir sus efectos.

La doctrina ha identificado esta cuestión de la siguiente forma: "*Esta dualidad de escenarios y regímenes aplicables requiere, por ende, esclarecer cuando hay ejercicio de la libertad conflictual y cuándo no. Este es un análisis mayoritariamente fáctico y casuístico y la práctica demuestra que la escisión entre ambos puede tener contornos borrosos debido a la falta de claridad conflictual con que las partes emprenden en ciertas ocasiones sus relaciones comerciales. Son precisamente estos los casos en que puede encontrarse una elección tácita, donde el ejercicio de la autonomía conflictual carece de la certidumbre de la que goza la manifestación expresa.*"²⁷

La determinación de la ley tácitamente elegida no es fácil. El RRI establece claramente que el estándar de convicción del intérprete debe obtenerse de manera "inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso". No ayuda el hecho que otras traducciones no contengan una traducción de la palabra "inequívoca". La versión en inglés refiere una elección (choice) "*clearly demonstrated by the terms of the contracts or the circumstances of the case*".

La versión en alemán en cambio habla de una elección de ley (rechtswahl) que "*muss ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben*".

Para partir, debido a la continuidad que presenta el Convenio de Roma y el RRI, la interpretación que se hizo en este punto del primero aplica también para el segundo²⁸. Además, el famoso Reporte Giuliano-Lagarde tampoco ayuda a esclarecer la dificultosa tarea, en cuanto hace evidente que no existe regla general de interpretación contractual para determinar el derecho aplicable por voluntad tácita bajo los instrumentos antes citados²⁹. Esta falta de organicidad u orden sólo redundará en que la labor del juez deberá ser entonces la de analizar todas y cada una de las circunstancias del caso para poder

26. Marshall, Brooke. "Reconsidering the Proper Law of the Contract", *Melbourne Journal of International Law*, Vol.13, 2012, p. 7.

27. Penades Fons, Manuel. *Elección Tácita de Ley en los Contratos Internacionales*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi (2012), p. 100.

28. Penades Fons, Manuel. *Elección Tácita de Ley en los Contratos Internacionales*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi (2012), p. 110.

29. Reporte Giuliano-Lagarde, p. 17.

intentar (puesto que puede concluir que no existe tal voluntad tácita) determinar el derecho aplicable.

"*Se desprende de esta breve pincelada que la búsqueda de la voluntad tácita de las partes requiere un análisis holístico de la relación, incluyendo elementos tanto ex ante como ex post a la celebración del contrato.*"³⁰

Un punto interesante se ha planteado a raíz de la práctica contractual contemporánea y la elección tácita de ley. De un tiempo a esta parte, la práctica generalizada es la redacción de contratos comerciales internacionales en idioma inglés, basados en modelos y con terminología propia de la tradición del *common law*. Esto, puesto que el inglés es el idioma de los negocios internacionales, y el desarrollo histórico del derecho de contratos comerciales internacionales ha sido principalmente inglés, tanto a nivel doctrinario como práctico. Incluso, se sostiene que el éxito de las firmas de abogados ingleses y americanas han coadyuvado a posicionar el derecho de contratos del *common law* como el estándar de la industria. Todo ello ha redundado en que cada vez más los abogados de tradición civilista redactan sus contratos imitando el estilo de un contrato anglosajón, incluyendo terminología y conceptos que en ciertos casos puede atentar contra el derecho estatal aplicable. En Chile, por ejemplo, la ley no contempla explícitamente las cláusulas de hardship —ni las prohíbe explícitamente—, cuestión que puede producir más de algún problema al intérprete, en particular, la habilidad del juez para modificar el contrato que pugna contra el principio *pacta sunt servanda*.

¿Podría entenderse que a falta de elección de ley el contrato de corte *common law* debe regirse por algún derecho del *common law*, y de ser así, cuál? ¿Es ésta circunstancia una elección tácita o parcial de ley? ¿Podría decirse que tiene mayor conexión material con dicho ordenamiento? Pareciera ser que la respuesta a todas las interrogantes es no. En definitiva, más allá de la constatación del hecho innegable que ha sido la influencia del *common law* en el derecho contractual internacional, esto por sí sólo no resulta ser un factor determinante, primero por que es prácticamente imposible determinar a qué derecho particular del *common law* pertenece tal o cual modelo de contrato de corte *common law* (Inglés, Americano, Escocés, Australiano, etc), y segundo, porque del mero hecho de estar un contrato influenciado por el *common law* no se desprende que tal contrato en particular tenga conexiones necesarias con tal o cual derecho anglosajón. Dicho de otro modo, podría ser un contrato estilo anglosajón pero donde las prestaciones características se

30. Penades Fons, Manuel. *Elección Tácita de Ley en los Contratos Internacionales*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi (2012), p. 112.

cumplen en, y las partes tengan establecimientos en, países de tradición civil, por ejemplo, un contrato internacional de compraventa de acciones entre una empresa brasilera y una chilena, siendo la segunda una filial de una americana que, como entidad controladora, supervisa todo el proceso de fusión y desea que el contrato se redacte en términos que les aseguran previsibilidad y certeza. Nuevamente, el estándar para la determinación del derecho aplicable a falta de elección expresa es el de total seguridad, no una simple inferencia o indicio³¹.

Como sea, el gran inconveniente detrás de la elección tácita de ley se encuentra en la prueba de los "términos del contrato" o de las "circunstancias del caso" que permitirían acreditarla, pues ello no está expresamente reglamentado en los textos internacionales a los que hemos hecho referencia. A nuestro juicio, el tribunal debe utilizar todos los antecedentes y elementos que se relacionen con el contrato para justificar la elección de la ley que las partes tácitamente han realizado, hurgando por ejemplo en las negociaciones previas, en las prácticas anteriores y en las cláusulas de elección de foro.

4.3. ¿La elección del tribunal supone necesariamente la elección de su ley cuando no se ha expresado?

El artículo 12 del Reglamento Roma I dispone que un acuerdo entre las partes para conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados a un contrato es "uno de los factores" –más no el único³²– que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato.

El artículo 7º inciso final de la Convención de México de 1994, dispone que la selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

El artículo 4º numeral 2º del Proyecto de Principios de la Conferencia de La Haya, dispone que "Un acuerdo entre las partes para otorgar competencia

31. Para un desarrollo de las diferencias del derecho de contratos del CommonLaw y el Derecho Civil, materia que escapa al alcance del presente trabajo, véase: Cordero Moss, Giuditta. "International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith", *Global Jurist*, Vol. 7 Iss. 1 (Advances), 2007, Article 3.

32. Al respecto: Fernández Rozas, et. al., ob. cit., pág. 318. Volker, ob. cit., pág. 243. En el mismo sentido comentando el tema a propósito de contratos de compraventa internacional: Schwenzer, Ingeborg; Hachem, Pascal, "Article 6", en *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*, Schlechtriem; Schwenzer / Ingeborg Schwenzer (ed.), 3rd ed., Oxford, New York, 2010, pág. 112.

a un tribunal nacional o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no es equivalente por sí mismo a una elección del Derecho aplicable".

4.4. Cláusulas de elección de ley "flotantes" (*Floating Choice of Law Clause*)

Podría darse el caso también que las partes quisieran sujetar a una condición suspensiva la elección de ley (cláusulas flotantes), esto es, permitir que se determine con posterioridad a la celebración del contrato y luego de la ocurrencia de un hecho futuro e incierto³³.

Por ejemplo:

"El vendedor podrá, en cualquier momento, elegir como ley aplicable al contrato la ley chilena, española o argentina".

"El contrato quedará regulado por la ley del lugar donde se presente la demanda".

4.5. Validez formal de la cláusula de elección de ley

El artículo 5º del Proyecto de Principios de la Conferencia de La Haya dispone que "La elección del Derecho aplicable no está sujeta a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes establezcan lo contrario".

4.6. Cláusulas de elección de ley y condiciones generales de contratación

El artículo 6º numeral 1º del Proyecto de Principios de la Conferencia de La Haya dispone que "a) para determinar si las partes acordaron una elección del Derecho aplicable, se aplica el Derecho presuntamente elegido por las partes; b) si las partes utilizaron cláusulas estándar que designan diferentes Derechos y según ambos Derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el Derecho indicado en esas cláusulas estándar; si según estos Derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna de las cláusulas estándar, no habrá elección del Derecho".

4.7. ¿Es posible la exclusión de normas convencionales por medio de una cláusula de elección de ley? *Jurisprudencia chilena*

La elección expresa o tácita de una determinada ley podría implicar, a su vez, la exclusión tácita de las normas de un tratado internacional que naturalmente es aplicable al contrato. Un ejemplo de ello sería la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que permite expresamente la exclusión de sus disposiciones

33. Castellanos Ruíz, ob. cit., págs. 96 a 98.

(artículo 6°) a través de la autonomía de la voluntad. Pues bien, una elección expresa o tácita de alguna ley estatal que sea contraria a las disposiciones de la CIM podría implicar una exclusión tácita de sus normas al caso concreto, pues con ello precisamente se estaría aplicando la facultad contemplada en el mencionado artículo 6°³⁴. Se ha resultado [laudo CCI 7660, de 1994], que la cláusula pactada por las partes en un contrato de compraventa internacional de mercaderías fijando un plazo inferior a aquél previsto en el artículo 39.2 de la Convención de Viena de 1980 para alegar la falta de conformidad del contrato, constituye una exclusión tácita de dicha norma³⁵.

Se ha resuelto mayoritariamente que la elección expresa y general a la ley de un Estado que es Contratante de la Convención de Viena de 1980, implica su aplicación pues forma parte de dicho ordenamiento jurídico³⁶. En cambio, la elección expresa y específica a un determinado cuerpo legal de dicha legislación, constituye una exclusión tácita a las normas de la referida Convención en caso que se trate de un Estado Contratante. En el caso *BP Exploration & Oil, Inc., v. Empresa Estatal de Petróleos de Ecuador*, de 11 de junio de 2003, en donde se incorporó en el contrato una cláusula de elección de ley expresa y general al derecho ecuatoriano sin especificar una norma determinada, discutiéndose entonces si era o no aplicable la Convención de Viena de 1980. El Tribunal resolvió que la CIM era aplicable al contrato mientras no se excluyera expresamente, más aún si la República del Ecuador era Estado Contratante de dicha Convención³⁷.

No obstante lo señalado en el apartado anterior, existe cierta jurisprudencia que ha resuelto de modo diferente, indicando que si las partes incorporaron al contrato una cláusula de elección expresa a la ley italiana, ella excluía consecuentemente la aplicación de la Convención de Viena de 1980³⁸.

Incluso más, se ha discutido en Chile si el hecho de no invocar las normas de un tratado internacional constituyen una exclusión tácita de sus disposiciones en un contrato en donde se ha pactado expresamente la aplicación de una ley estatal.

34. Sobre el particular, entre otros: Schwenzer; Hachem, ob. cit., págs. 107 a 114.

35. Schwenzer; Hachem, ob. cit., pág. 108.

36. *Oberlandesgericht Hamm*, 9 de junio de 1995, clout n° 125, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950609g.1.html>.

37. *BP Oil International, Ltd., and BP Exploration & Oil, Inc., v. Empresa Estatal de Petróleos de Ecuador et., al.*, CCA (5th Circuit), [02-20166], 11 de junio de 2003, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u.1.html>.

38. *Tribunale Civile di Monza, Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetal International A.B.*, Tribunale Civile di Monza, 14 de enero de 1993, clout n° 54, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>. Puede verse la referencia a otras decisiones judiciales y arbitrales en este sentido en Oviedo Albán, ob. cit., pág. 47.

El 10 de agosto de 2005, la Corte Suprema, conociendo el recurso de casación en el fondo³⁹ interpusó en contra de la sentencia dictada en juicio de cobro de pesos producida a propósito de una cesión de créditos entre una empresa francesa (demandante) y otra empresa chilena (demandada)⁴⁰, resolvió que "...el demandante sostiene, por una parte, la infracción de ley por falsa aplicación al caso de autos de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercadería o Convención de Viena y, por otra parte, la infracción de leyes reguladoras de la prueba. En el primer capítulo de casación expresa que la materia de autos es el cobro ordinario de pesos fundamentada en el hecho de haber recibido en cesión ciertas facturas y no una acción de cumplimiento de contrato de compraventa que hiciera aplicables las normas de la Convención de Viena, la que, por lo demás no ha sido invocada por ninguna de las partes. Siguiendo la misma línea de argumentos, el recurrente expresa que el considerando 14° del fallo de segundo grado, infringe los artículos 1901 y siguientes del Código Civil, por cuanto se consideró un mismo acto jurídico la cesión de créditos y la cesión de la posición jurídica de vendedor y exportador, agregando que, ni aún los propios demandantes invocaron su calidad de sucesores de una posición contractual a lo largo de la demanda, sino que, por el contrario, siempre hablaron y exigieron el pago de un crédito que derivaba de la cesión de las facturas como títulos de crédito, facturas que habían sido debidamente exhibidas como títulos en cumplimiento del artículo 1903 del Código Civil, lo que además trajo como consecuencia la infracción del artículo 1545 del mismo texto legal", agregando en el Considerando 15° que "...de esta manera, se desestimará el primer capítulo del recurso de casación en el fondo deducido, por cuanto su argumentación se contrapone con lo que los sentenciadores –a partir del análisis de la demanda y las escrituras públicas de cesión de derechos– han establecido como los hechos que sustentan el cobro de pesos deducido, consistente en los créditos que nacen de un contrato de compraventa de mercadería internacional, constituyendo, además, una facultad y prerrogativa de los jueces que conocen de la controversia, la aplicación del derecho a los hechos básicos establecidos, tal como lo hicieron en autos al aplicar la Convención

39. Véase SCS, Rol 3.528-2003, de 10.08.2005.

40. Véase autos Rol N° 5149-98, del Tercer Juzgado Civil de San Bernardo, sobre juicio ordinario de cobro de pesos, caratulado "Automotores Gildemeister S.A. con Agrícola Gildemeister S.A.", la juez titular de dicho tribunal, por sentencia de veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y nueve, escrita a fojas 198, rechazó la demanda en todas sus partes, con costas. Apelado dicho fallo por la demandante, una Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel lo revocó, por sentencia de dos de julio de dos mil tres, escrita a fojas 302, declarando que se acogía la acción deducida, sin costas.

de Viena que regula la compraventa internacional, no existiendo en dicha actuación, el error del derecho que el recurrente les imputa”.

Sin embargo, con posterioridad a dicho fallo, la Corte Suprema de Chile, curiosamente, ha resuelto exactamente lo contrario en nuestro país, indicando que el no invocar las normas de la Convención de Viena de 1980, en juicio, implica una renuncia tácita de sus disposiciones. En efecto, el 2007 la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en los autos sobre indemnización de perjuicios caratulados “*Plaza con Sociedad Agrícola Sacor Limitada*”⁴¹, se pronunció expresamente sobre el alcance y aplicación del artículo 6° de la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, al resolver si debía entenderse o no excluida a falta de alegación en juicio. Se trataba de un contrato de compraventa de 61.000 unidades de cuero entre una empresa establecida en Chile (comprador) y una empresa establecida en Argentina (vendedor). El comprador demandó ante los tribunales chilenos al vendedor por incumplimiento del contrato. En la demanda se pidió decretar la indemnización de perjuicios por incumplimiento esencial de las obligaciones, sin solicitar previamente la resolución del contrato o la ejecución forzosa de la obligación. El demandante señaló en la demanda que: “...como consecuencia de la celebración del contrato de compraventa de autos adquirió las obligaciones contenidas en el título XXIII del Código Civil, con relación al artículo 1437 y siguientes, 1545 y siguientes y 1556 del mismo cuerpo legal, sin perjuicio de la aplicación de otras normas relativas a este tipo de negocios”. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda de indemnización de perjuicios considerando que, conforme el derecho chileno, debía haberse solicitado la resolución del contrato, sin perjuicio de la referida indemnización.

El demandante interpuso recurso de apelación, alegando que tanto Chile como Argentina eran Estados Contratantes de la Convención de Viena de 1980, y que, por consiguiente, debían aplicarse sus disposiciones, las cuales trataban la indemnización de perjuicios como un remedio independiente a la resolución del contrato.

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas, confirmó la sentencia de primera instancia (09.01.2007), rechazando los argumentos del apelante, por cuanto “9°...respecto a la aplicación de la Convención de Viena de 1980, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, hay que tener presente que de conformidad con su artículo 6 (...) al no haberse basado la demanda y la

41. Véase: autos Rol N° 81.085-03, del Primer Juzgado Civil de Punta Arenas, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, caratulados “*Plaza Oviedo, Jorge Alejandro con Sociedad Agrícola SACOR Ltda.*”.

réplica en las disposiciones legales de esta Convención, debe entenderse tácitamente que se renunció a dicho estatuto, rigiéndose, en consecuencia, por las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio que invocara”⁴².

Finalmente, la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto en este caso⁴³, indicando en el Considerando 8° “...Que en cuanto al segundo capítulo del recurso, el artículo 6° de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías dispone que las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. De la norma anterior se desprende que el referido instrumento internacional reconoce como principio regulador el de autonomía de la voluntad, haciendo prevalecer las reglas que las partes estimen pertinentes para la solución de las controversias que se susciten con motivo de la ejecución, interpretación, eficacia, etc., de una compraventa internacional de mercaderías. Como se expresó en el fundamento tercero de esta sentencia, el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil exige como requisito de la demanda, en lo que interesa, que ésta contenga la exposición clara de los fundamentos de derecho en que se apoya. Ahora bien, en cumplimiento de este requerimiento la parte demandante se limitó en su demanda a invocar únicamente normas de derecho interno, citando al efecto las disposiciones que estimó pertinentes para la solución de la controversia, contenidas en los Códigos Civil y de Comercio. Si bien, como se expresa en el recurso, los tribunales son libres para aplicar al caso de que se trata el derecho que estimen pertinente -facultad expresada en aforismo *iura novit curia*-, lo cierto es que el mismo derecho, que se supone los magistrados conocen, es el que, como se vio, permite excluir la aplicación de las normas de la Convención a un litigio al que, en principio, resultaban aplicables, cuando ha habido una manifestación de voluntad en tal sentido. Es por lo anterior que, como acertadamente establecen los jueces de la instancia, la invocación de las normas de derecho interno no pudo sino importar la renuncia -tácita o implícita, pero de todas formas con idéntico valor que la expresa o explícita- a regirse por las disposiciones de la Convención de Viena, a que se refiere el citado artículo 6° de este pacto, de manera tal que tampoco se incurre en las infracciones de ley denunciadas en este segundo capítulo del recurso.” (Corte Suprema. Considerando 8°).

42. SCA Punta Arenas, Rol N° 173-2006, de 09.01.2007.

43. La sentencia de casación dictada por la Corte Suprema de Justicia, puede verse en SCS, Rol 1782-2007, de 22.09.2008. www.poderjudicial.cl

Aunque existen precedentes similares en la jurisprudencia comparada ⁴⁴, la decisión adoptada por nuestro máximo tribunal nos parece inaceptable desde un punto de vista jurídico, pues los jueces debieron aplicar de oficio la Convención, en aplicación del principio *iura novit curia*, aun cuando las partes no la hubieren invocado. En el caso de marras, el tribunal debía haber aplicado la Convención de Viena de 1980, pues ambas partes tenían sus establecimientos en Estados Contratantes al momento de celebrar el contrato (artículo 1º), circunstancia suficiente para que fueran aplicable sus disposiciones, incluso por encima de las normas del Código Civil chileno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 54 N° 1 de la Constitución Política de la República.

En todo caso, la doctrina y la jurisprudencia arbitral están contestes en señalar que la exclusión tácita de la Convención debe ser producto del mutuo acuerdo de las partes, por lo que no cabe una exclusión unilateral ⁴⁵.

4.8. ¿Elección de una “ley estatal” o “Reglas de Derecho”?

Las partes tienen completa libertad para elegir la ley que estimen pertinente, incluida la de una unidad territorial específica ⁴⁶, tenga o no conexión con el contrato ⁴⁷. El artículo 2º.4 del Proyecto de Principios de La Haya dispone que “No se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las par-

44. *GPL Treatment Ltd. v. Louisiana-Pacific Group, Oregon Court of Appeals*, 12 de abril de 1995, 133 Or. App. 633, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950412u1.html>. En este caso, que se trataba de una demanda por perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato de venta, la parte demandada alegó que no se había celebrado un contrato por no haberse cumplido con el requisito de forma de la ley de fraudes contenida en el Código de Comercio uniforme adoptado por Oregon. Los demandantes trataron de plantear que la ley de fraudes no era aplicable, sino la Convención, pero el Tribunal consideró esta petición extemporánea. Véase Schwenzer; Hachem, ob. cit., p. 113.

45. Castellanos Ruiz, Esperanza, *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional*, Comares, Granada, 1998, pág. 68. Schwenzer; Hachem, ob. cit., pág. 107.

46. El artículo 22 N° 1 del Reglamento Roma I dispone que “Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento”. Hernández – Bretón, Eugenio, “La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina”, en DeCITA, 9, (2008), pág. 174.

47. Carrascosa González, ob. cit., pág. 132. Castellanos Ruiz, *El reglamento Roma I...*, cit., pág. 72. Esplugues Mota; Iglesias Buhigues, ob. cit., pág. 383. Fernández Rozas, et. al., ob. cit., pág. 318. En la doctrina latinoamericana: Boggiano, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, 4ª edición, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, págs. 698 a 699.

tes o su transacción”. Además, como ya hemos dicho, la elección de una “ley estatal” importa todo el ordenamiento jurídico de dicho Estado y no sólo la legislación interna.

El artículo 3.1 del RR-I alude a la “ley” elegida por los contratantes (artículo 3.1 RR-I), esto es, una norma estatal, lo que importa consecuentemente la exclusión de cualquier otra fuente del Derecho (Principios de Unidroit; usos del comercio internacional; nueva lex mercatoria, entre otros). Para el legislador europeo todo contrato está y debe estar regido siempre por una ley estatal, única capaz de reconocer la existencia ad-initio del contrato. Cualquier acuerdo contractual que haga aplicable otras “reglas de Derecho”, són aplicables únicamente como “pactos interpartes” (autonomía material) y no como ley del contrato (autonomía conflictual), o sea, constituyen una “incorporación por referencia” a su contrato de un Derecho no estatal, usando los términos del Considerando 13 del RR-I. Estos “pactos interpartes” sólo serán válidos en la medida que la “ley del contrato” (siempre una ley estatal ⁴⁸) les reconozca valor.

El profesor Esplugues Motta ha dicho que es indiferente que la ley elegida pertenezca a un Estado que no ha sido reconocido aun internacionalmente, pues basta que exista de facto ⁴⁹.

La exigencia del legislador europeo (elección de “ley estatal”) impide que las partes puedan someter el contrato única y directamente a las normas del Derecho Internacional Público o a determinados tratados internacionales (por ejemplo la CIM), aunque paradójicamente, a la inversa, sí pudieran aplicarse si se aludiera en la cláusula a la ley del Estado Contratante de dicho tratado. Asimismo, descarta la validez de las cláusulas en que las partes excluyan expresamente la aplicación de cualquier ley estatal (contratos “sin ley”), fundado en su intención de regular detalladamente todas las materias en el interior del propio contrato y usando para ello la autonomía material.

Distinta solución entrega el artículo 7º de la Convención de México de 1994, que permite a las partes que elijan el “Derecho” que regulará el contrato, lo que incluye desde luego otras fuentes legales diversas a la ley.

En igual dirección, el artículo 2º del Proyecto de Principios de La Haya dispone que “Un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes”. Luego, agrega en el artículo 3º que “En estos Principios, la referencia a

48. Las cláusulas de elección de ley que hagan referencia a normas de tipo “religioso” no vinculadas directamente con la ley de un estado determinado, como ocurre por ejemplo con el derecho hebreo (jewish law), serían nulas.

49. Esplugues Motta, Carlos / Iglesias Buhigues, José Luis.: *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 233.

“Derecho” incluye normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, a menos que el Derecho del foro establezca lo contrario”. Esto deja de manifiesto la posibilidad de elegir como “ley del contrato” la nueva *lex mercatoria*; los Principios de Unidroit sobre Contratos Mercantiles Internacionales; los Principios de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (cuando estén publicados), o cualquier otra “Regla de Derecho” que las partes decidan acordar libremente.

Incluso más, el artículo 10 de la Convención de México de 1994, señala que en aquellos casos en que las partes hubieren elegido una “ley estatal”, el tribunal deberá aplicar, igualmente y cuando corresponda, “...las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

La tendencia actual y que defendemos es permitir que las partes puedan elegir como “ley del contrato” no sólo la ley de un Estado sino también “reglas de Derecho”, es decir, normas que no emanan de un Estado soberano, pues de esa manera se permite un sustento máximo a la autonomía de la voluntad, con independencia al método de solución de conflictos que se haya elegido (juez o árbitro). Esta solución ha sido ampliamente aceptada en los procedimientos arbitrales⁵⁰ y no vemos razón suficiente para excluir tal posibilidad cuando quien debe resolver la controversia es un juez nacional, pues éste, en último término, fundará la obligatoriedad de la “ley del contrato” en su propia *lex fori* que reconoce fuerza y validez a las cláusulas contractuales. Además, en algunos contratos especiales, las “reglas de Derecho” podrían responder mejor a las necesidades comerciales de las partes, como ocurre con el contrato de transporte marítimo⁵¹, garantizando neutralidad y transparencia en sus operaciones⁵².

50. En el arbitraje la posibilidad que tienen las partes de elegir “normas de Derecho” es ampliamente aceptada. Ver: art. 28(1) de la Ley Tipo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas tal como fueron adoptadas en 2006; art. 28(1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI; art. 22.1(c) del Reglamento de Arbitraje de la LCIA; art. 1496(1) del C. proc. civ. (Francia); art. 1051 del C. proc. civ. de Alemania; art. 36 de la Ley sobre el arbitraje de Japón (2003); art. 187(1) de la Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987 de Suiza.

51. Tal como por ej. una referencia en lo relativo a los contratos de transporte marítimo a las denominadas «Reglas de Rotterdam» (Convenio de 2008 de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo) antes de su entrada en vigor.

52. J. Basedow, “Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective” en J. Basedow, T. Kono and G. Ruhl (eds.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pág. 71.

4.9. Vigencia de la ley elegida

La ley elegida debe ser la “vigente” en un Estado que exista al momento de concretar la elección, no siendo válidas las cláusulas que hagan referencia a leyes derogadas. El artículo 17 de la Convención de México de 1994, lo señala expresamente al disponer que “Para los efectos de esta Convención se entenderá por “derecho” el vigente en un Estado...”.

4.10. La no-elección negativa de ley

Algunos contratos internacionales incorporan cláusulas en donde las partes no acuerdan la aplicación de un determinado derecho sino que, por el contrario, pactan la no aplicación de tal o cual ley al contrato⁵³. Por ejemplo un contrato celebrado por dos argentinos en Chile en donde únicamente se incorpora una cláusula en los siguientes términos: “El presente contrato no quedará regido por la ley chilena”. La pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿Debe considerarse una cláusula de elección de ley en los términos de la Convención de México de 1994 / Reglamento Roma I y del Proyecto de Principios de la HCCH?. Los tres textos no regulan expresamente esta situación, pero me inclino a pensar que en este caso no existe una “elección” de ley sino que una “exclusión” de ley, lo cual no está regulado en dichos textos, motivo por el cual debieran aplicarse en este caso los restantes criterios supletorios de determinación del derecho aplicable. Sin embargo, las dificultades podrían producirse en aquellos casos en que dichos criterios de conexión supletorios condujeran al juez o al árbitro al aplicación del derecho excluido expresamente por las partes, pues en tal caso, a mi juicio, sí debería respetarse lo acordado por las partes considerando que tal cláusula de exclusión podría considerarse asimismo una cláusula de no-elección o de elección negativa de ley. En una situación así, me parece que es imperativo respetar el pacto contractual realizando los ajustes necesarios para que dicha cláusula produzca sus efectos. Así, pues, el tribunal tendría la obligación de respetar el contenido de la cláusula, incluso por sobre las normas del derecho sustantivo que ha sido designado por sus propias normas de conflicto, debiendo en tal caso evaluar la utilización de otros factores de conexión distintos.

4.11. La autonomía de la cláusula de elección de ley

La cláusula de elección de ley debe ser considerada un acto jurídico independiente del contrato internacional que la contiene. En consecuencia, la nulidad de la cláusula de elección de ley no supone *ipso iure* la nulidad del

53. Véase los siguientes laudos arbitrales ICC: N° 7110, de 1995 y N° 7375, de 1996.

contrato principal cuya ley pretendía establecer, y, de igual forma, la nulidad de este último no acarrea necesariamente la nulidad de la cláusula de elección de ley. Ambos deben ser considerados actos jurídicos independientes el uno del otro, al igual que las cláusulas de elección de foro.

Así lo reconoce expresamente el artículo 7° del Proyecto de Principios de la Conferencia de La Haya, dispone que “La elección del Derecho no puede ser impugnada únicamente en base al hecho de que el contrato al que se aplica no es válido”.

4.12. Validez de la cláusula de elección de ley

La validez formal de la cláusula de elección de ley quedará sujeta normalmente por la ley del lugar donde se celebra (*lex loci regit actum*), la cual establecerá los requisitos formales que debe cumplir.

La ley aplicable a la capacidad de las partes que celebraron la cláusula de elección de ley quedará sujeta al derecho designado por las normas de conflicto del tribunal que deba conocer acerca de la validez o la nulidad de dicha cláusula. En Chile, la capacidad para celebrar actos y contratos queda sometida normalmente a la ley del lugar donde dicho acto se lleva a cabo, sin embargo, en caso que alguna de las partes que acuerda la cláusula de elección de ley tenga la nacionalidad chilena y, a juicio del tribunal, dicha cláusula produzca “efectos en Chile” (artículo 15 N° 1 del Código Civil), su validez quedará sujeta a la ley chilena y no a la ley del lugar donde se otorgó.

Las cuestiones relativas a los vicios del consentimiento que pudieren alegar las partes en la celebración de la cláusula de elección de ley (error, fuerza, dolo o intimidación), quedan sometidas a la ley presuntamente elegida por las partes en el mismo pacto cuya validez se cuestiona. O sea, será la hipotética ley del contrato la que debe resolver si es o no nula la cláusula de elección de ley. Esto tiene particular relevancia respecto de las cláusulas de elección de ley contenidas en condiciones generales de contratación, pues resulta muy frecuente que en estos casos sea una de las partes la que haya impuesto la suscripción de la referida cláusula. Así lo reconoce el artículo 3° numeral 5° del Reglamento Roma I, y también el artículo 12 de la Convención de México de 1994, al disponer que “La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo. Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho

aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”.

4.13. Ámbito de aplicación de la cláusula de elección de ley

¿A qué se aplica la ley elegida por las partes?. La ley elegida por las partes regulará principalmente las siguientes materias del contrato: a) su interpretación; b) los derechos y las obligaciones de las partes; c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones; y e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato. Así lo reconoce expresamente el artículo 14 de la Convención de México de 1994.

El artículo 9° del Proyecto de Principios de la Conferencia de La Haya, dispone que “1. El Derecho elegido por las partes rige todos los aspectos del contrato entre las partes, incluyendo, sin afán limitativo: a) su interpretación; b) los derechos y obligaciones derivados del contrato; c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo la valoración de los daños y perjuicios; d) los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; f) la carga de la prueba y las presunciones legales; y g) las obligaciones precontractuales. 2. El párrafo 1(e) no excluye la aplicación de cualquier otro Derecho aplicable que sostenga la validez formal del contrato.

4.14. ¿Es posible que la ley elegida por las partes anule el contrato principal?

La ley elegida por las partes para regular el contrato determina su existencia y validez (artículo 10 del RR-I), motivo por el cual resulta fundamental que las partes realicen un minucioso estudio previo de la normativa a la cual se sujetarán, pues podría darse el caso que la ley que han pactado sea precisamente la que frustre su contrato⁵⁴.

4.15. Cláusulas de elección de ley y reenvío

Si las partes han decidido acordar la aplicación de una determinada ley para que regule el contrato, no resulta posible que con posterioridad, producto de la aplicación de las normas de conflicto del juez que debe aplicar ese

54. Mayer, Pierre; Heuzé, Vincent, *Droit International Privé*, 10e édition, Montchrestien, Paris, 2010, p. 520.

derecho, termine aplicando la legislación de un tercer Estado. Dicho en otras palabras, el reenvío está absolutamente descartado en la determinación del derecho aplicable al fondo de un contrato internacional. El juez que conoce de la controversia y que debe aplicar la ley prevista en la cláusula de elección de ley, no puede aplicar las normas de conflicto de dicha legislación, sino únicamente las normas materiales y las imperativas que resulten aplicables. La ejecución de la ley elegida es incompatible con la aplicación de sus normas de conflicto, puesto que, en algunos casos, si ello no fuera así, podría resultar competente la aplicación del derecho sustantivo de un Estado al que las partes nunca quisieron sujetarse expresa ni implícitamente.

El artículo 17 de la Convención de México de 1994, dispone expresamente que "Para los efectos de esta Convención se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes", idea que reitera el artículo 20 del RR-I y el artículo 8° del Proyecto de Principios de la Conferencia de La Haya, al señalar que "La elección del Derecho no incluye las normas de conflicto de leyes del Derecho elegido por las partes, a no ser que las partes establezcan expresamente lo contrario".

4.16.- ¿En qué momento puedo elegir el derecho aplicable o sustituir el ya elegido?

Las partes pueden acordar una cláusula de elección de ley en cualquier momento y no sólo cuando celebran el contrato principal. De igual forma pueden sustituir la ley elegida por otra si así decidieren hacerlo. La nueva ley elegida operará retroactivamente, regulando el contrato desde la fecha de su celebración, lo que no significa en caso alguno que pueda afectar la validez formal de mismo en la medida que hubiere sido válido bajo la antigua ley, y tampoco los derechos que legítimamente hubieren adquirido terceros.

El artículo 8° de la Convención de México de 1994, dispone expresamente que "En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros".

El artículo 2° numeral 3° del Proyecto de Principios de la Conferencia de La Haya, dispone que "La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros".

El artículo 3° numeral 2° del Reglamento Roma I dispone que "2. Las par-

tes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento...".

Nada impide que los contratantes puedan escoger la ley del contrato incluso durante el proceso judicial⁵⁵, pues los textos sólo aluden a que la elección pueda realizarse "...en cualquier momento", sin distinción del lugar y tiempo.

4.17.- Elección de Lex Mercatoria como ley del contrato

Como hemos tenido tiempo de mencionar, la costumbre es una importante fuente de Derecho en materias comerciales. Ante la ausencia de voluntad, existen mecanismos de integración que pueden guiar la interpretación contractual. Así, por ejemplo, cierta jurisprudencia ha sostenido que "*In an international commercial transaction such as this contract between and, where the Parties have not indicated the applicable law and where there are many disparate connections to many different municipal systems of law, we are of the opinion that international arbitrators are fully justified to turn to general principles of law [...] In determining the content of these general principles, we feel entirely justified in referring to the UNIDROIT Principles which we consider a useful source for establishing general rules for international commercial contracts*".⁵⁶

Los Principios UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales (2010) constituye un instrumento bastante legitimado de lex Mercatoria. Lo son en la medida que reflejan la realidad jurídica, dándole legitimidad "objetiva" a su uso por ser el instrumento que mejor refleja una conducta uniforme en el espacio y tiempo. Así, la doctrina nacional ha reconocido su existencia y aplicación en los siguientes términos: "*El problema de los contratos sin ley actualmente presenta un desarrollo interesante debido al progreso del llamado jusmercatorum. Este derecho es la regulación espontánea que nace de la práctica de los negocios mercantiles y que se expresa en los contratos tipo, las condiciones generales de venta, los usos corporativos o profesionales, las leyes uniformes y las sentencias arbitrales. El jusmercatorum contribuye a la existencia de contratos sin ley o anacionales, en la medida que el derecho mercantil consuetudinario puede completar la regulación que se han dado las partes, expresándose finalmente, mediante una sentencia arbitral.*"⁵⁷

55. Cfr. SAP Santa Cruz Tenerife 15 noviembre 2003, citada por Carrascosa González, ob. cit., págs. 160 y 161. Véase también: Castellanos Ruíz, *El reglamento Roma I...*, cit., págs. 107 a 110.

56. ICC International Court of Arbitration, Paris 8540, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=644>.

El legislador europeo no admite que las partes puedan acordar como “ley del contrato” a la *lex mercatoria*. Su mención en el contrato sólo puede ser considerada como pacto de “incorporación por referencia”, a los que expresamente se les reconoce valor en el Considerando 13 del RR-I: “(13) El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional”. En este caso, la validez del pacto estará condicionado a la ley del contrato y, en todo caso, al respeto irrestricto de las normas imperativas aplicables⁵⁸.

La Convención de México de 1994 entrega particular primacía a la *lex mercatoria*, disponiendo en el artículo 9° que, a falta de elección y en todo caso, el tribunal deberá tener en cuenta “...las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

4.18.- El fraccionamiento convencional o *dépeçage*

El *dépeçage* es una manifestación explícita de la autonomía de la voluntad a través de la cual los contratantes seleccionan pasajes de diversas leyes que les acomodan y se ajustan a la transacción para luego hacerlas aplicables separadamente a cada una de ellas. La Corte de Casación fue el primer tribunal del mundo en reconocer esta modalidad de la autonomía de la voluntad, en el famoso caso *American Trade Company* (5.12.1910).

El Artículo 7° C. México. “...Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”. El artículo 2° del Proyecto de Principios de la Conferencia de La Haya dispone que “...Las partes pueden elegir (i) el Derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato y (ii) diferentes Derechos para diferentes partes del contrato”. El artículo 3° numeral 1° del Reglamento Roma I dispone que las partes “...podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”. Asimismo, el artículo 6° de la Convención de Viena sobre CIM, reconoce este instituto al permitir a las partes que puedan, a través de la autonomía de la voluntad,

57. Villarroel, Carlos y Villarroel Gabriel. “Determinación de la Ley Aplicable a los Derechos y Obligaciones Emanados de los Contratos Internacionales”, *Revista Chilena de Derecho*, [Vol. 17 1990], p. 357.

58. Sobre el particular: Castellanos Ruiz, *El reglamento Roma I...*, cit., pág. 75. Esplugues Mota; Iglesias Buhigues, ob. cit., pág. 451. Fernández Rozas, et. al., ob. cit., pág. 320. No obstante, debe señalarse que existió una propuesta hecha por la Comisión de las Comunidades Europeas en el sentido de permitir a las partes escoger como ley del contrato los principios y normas de Derecho material de los contratos reconocidos a escala internacional o comunitaria. Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005.

excluir parte de sus disposiciones⁵⁹.

La facultad contemplada en las disposiciones aludidas no supone que las partes elijan una multiplicidad de leyes aplicables al contrato, sino que determinados derechos y obligaciones queden sometidos total o parcialmente a diferentes leyes⁶⁰. O sea, consiste en “descuartizar” el contrato, separando todas aquellas partes “disponibles” del mismo y acordar que cada una de ellas quede sometida a un derecho distinto.

Los contratantes pueden elegir, expresa o tácitamente, la ley aplicable sólo a una parte del contrato (*dépeçage* parcial), caso en el cual el resto del contrato quedará sujeto a las normas aplicables que determinen las reglas conflictuales del juez; o bien pueden elegir, expresa o tácitamente, la ley aplicable a diversas partes del contrato (*dépeçage* completo).

La referencia que hacen los instrumentos internacionales antes aludidos a una “...parte del contrato”, se refiere a cualquier sección del contrato que tenga autonomía jurídica y económica y que sea separable, o sea, que pueda someterse a un derecho distinto sin que ello importe un perjuicio en el cumplimiento de la totalidad del contrato⁶¹. Por ejemplo, podríamos considerar “parte del contrato” para los efectos del fraccionamiento convencional las cláusulas de *hardship*; cláusula de fuerza mayor; cláusula penal, entre otras). Ahora bien, el uso del *dépeçage* no puede devenir en que las leyes elegidas sean irreconciliables entre ellas, o sea, la aplicación de una no puede afectar la aplicación de la otra.

4.19.- Elección de ley y contratos internacionales electrónicos

El Contrato Electrónico ha sido definido de variadas formas, sin que haya consenso en la doctrina actual⁶², pero en virtud del principio de neutralidad tecnológica podríamos entender el contrato electrónico como aquel contrato que se ha perfeccionado por medios electrónicos. Es decir, es aquel contrato en el cual las partes han manifestado su voluntad y, por tanto, perfeccionado el contrato de forma electrónica y no de acuerdo a las categorías clásicas del derecho civil⁶³.

El contrato electrónico internacional se perfecciona, al igual que todo con-

59. Véase, entre otros: Schwenzer; Hachem, ob. cit., pág. 114.

60. Audit, ob. cit., pág. 720. Mayer; Heuzé, ob. cit., pág. 550.

61. Hernández – Bretón, ob. cit., pág. 175.

62. Véase al respecto: Schleyer Alt, Jorge. *La Formación del Consentimiento en los Contratos Internacionales, Propuesta de reformas al derecho chileno*, Editorial Thomson Reuters (2013), pp. 147-154.

63. En el Derecho chileno esta materia se encuentra regulada en el Código de Comercio, artículos 96 y siguientes. Ellos ilustran a la perfección el anacronismo del derecho en la regulación de las nuevas realidades. En efecto, en nuestro derecho interno las normas sobre perfeccionamiento de los contratos no contemplan la manifestación de voluntad electrónica (si no verbal o escrita).

trato, con la concurrencia de una oferta y una aceptación, y también se rige por el principio de autonomía de la voluntad en cuanto, como contrato internacional que es, no deben hacerse distinciones que la ley no contempla. En definitiva, un contrato online y un contrato offline difieren sólo en la forma de manifestación de voluntad, mas no en el fondo jurídico⁶⁴. Dicho esto, a falta de elección de ley de las partes, nace el problema de determinar el derecho aplicable a la relación contractual electrónica⁶⁵. La doctrina ha sostenido que los contratos electrónicos se entienden contratos entre presente⁶⁶, lo que en principio suena contradictorio puesto que la contratación es justamente por medio de un computador. Dado que en la realidad no es un contrato entre presentes, entonces surge la problemática. *"Ante el problema de la determinación del lugar donde se ha realizado la oferta se han propuesto tres soluciones diferentes: entender que es aquél donde se ha enviado electrónicamente la oferta -lugar del computador del oferente-, entender que es el lugar de domicilio o residencia habitual del oferente y, por último, estimar que es el lugar en que se encuentra el servidor u computador en donde se almacena la oferta, soluciones que pueden ser perfectamente extrapoladas al intentar determinar el lugar donde se ha producido la aceptación, de ese modo sería factible entender que podría ser aquél donde se ha enviado electrónicamente el mensaje que contiene la aceptación -lugar del computador del aceptante-, pensar que es el lugar de domicilio o residencia habitual del aceptante y, finalmente, considerar que es el lugar en que se encuentra el servidor u computador en donde se almacena la aceptación."*⁶⁷

Estas tesis, similares a las normas contenidas en el Código de Comercio chileno ya mencionadas, deben desecharse de plano pues no es lógico pensar que el lugar de emisión de la oferta y de la aceptación sea el lugar de ubicación de un computador. Del mismo modo, no es lógico pensar que si se envía una oferta por correo, el lugar de emisión de la oferta sea la oficina de corre-

64. Schleyer Alt, Jorge. *La Formación del Consentimiento en los Contratos Internacionales, Propuesta de reformas al derecho chileno*, Editorial Thomson Reuters (2013), p. 183.

65. Sobre este punto en particular debe hacerse la precisión relativa al Derecho del Consumidor. En muchos estados, incluyendo Chile, el Derecho del Consumidor es de orden público, es decir, irrenunciable por las partes, por tanto, en la medida en que exista una norma que establezca el derecho aplicable a las relaciones contractuales electrónicas internacionales, esta no deberá ser desatendida por el juez, dada la imperatividad de la norma.

66. Pinochet Olave, Ruperto. "La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte IV: El Lugar de Formación del Consentimiento Electrónico", *Revista Ius et Praxis*, 12 (1): 215 - 231, 2006.

67. Pinochet Olave, Ruperto. "La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte IV: El Lugar de Formación del Consentimiento Electrónico", *Revista Ius et Praxis*, 12 (1), 2006, p. 220.

os. En definitiva, no se trata de identificar el lugar físico desde donde emprendió camino material la oferta o la aceptación, si no de ubicar a las partes de la relación contractual en un contexto legal, conectar la relación con un ordenamiento jurídico, y es por ello que la única solución que hace sentido ante el silencio de las partes es seguir las reglas generales para los contratos en general. Es decir, habrá de estudiarse el lugar en donde se ha exteriorizado la voluntad de contratar –ya sea mediante una oferta o mediante una aceptación, en el caso chileno, las normas generales entienden que el lugar de perfeccionamiento del contrato es el lugar de residencia de quien hubiere aceptado la oferta original o una modificación de ella-. Otros han sostenido que debe aplicarse la norma que tenga mayor conexión con el contrato. Nuevamente, este criterio nos parece poco apto puesto que no se condice con la seguridad jurídica que requiere el tráfico comercial.

4.20. Elección de ley en los contratos de inversión extranjera

Desde hace unas décadas se ha vuelto común que los Inversores Extranjeros firmen contratos de inversión extranjera con los Estados Receptores de las Inversión en los cuales se encuentran cláusulas arbitrales que, de la forma descrita en el párrafo anterior, otorgan jurisdicción a tribunales arbitrales especializados en el conocimiento de este tipo de controversias. El gran ejemplo de esta práctica es el conocido Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones⁶⁸, el cual fue fundado en la década de los sesentas y se mantiene hasta hoy como el principal centro de resolución de conflictos Inversor-Estado.

El derecho aplicable al fondo mediante un procedimiento arbitral habrá de determinarse de acuerdo a las reglas que las partes mismas hayan convenido para la solución de controversias, es decir, en último término, el derecho aplicable al fondo de la controversia será el elegido por las partes, ya sea directamente o indirectamente, haciendo aplicación de un reglamento arbitral institucional que valide y permita dicha elección dentro de su propio sistema de resolución de controversias. Tomemos el ejemplo del CIADI. El reglamento del Centro establece en su artículo 42 (1) que el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes y, a falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aque-

68. "CIADI" o "ICSID" por sus siglas en inglés; <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

llas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables⁶⁹.

Como vemos, aquí se manifiesta nuevamente el principio de respeto a la autonomía de la voluntad en cuanto el derecho aplicable al fondo es elegido por las partes en primera instancia. A falta de elección de ley por las partes, el tribunal arbitral del CIADI deberá aplicar la legislación del Estado que sea parte en la diferencia⁷⁰, incluyendo sus normas de derecho internacional privado⁷¹.

Como se puede observar, este artículo no hace mención a distintos tipos de elección de ley por las partes, es decir, no diferencia entre elección expresa y tácita. Hemos de suponer, y de acuerdo con la doctrina más autorizada del tema, que la redacción acepta la elección tácita de ley de acuerdo a la práctica general del derecho internacional privado. *"It is an open question whether a choice of law by the parties must be direct and explicit or can be*

69. Como bien apunta la doctrina, este artículo no presenta mayores novedades en su redacción en relación a la solución a falta de elección de ley por las partes en relación a otros reglamentos de arbitraje. Zambrana Tevar, Nicolás, *La Determinación Del Derecho Aplicable Al Fondo en el Arbitraje de Inversiones*, Editorial Aranzadi (2010), p. 300. De todas formas, existen pequeñas variaciones, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 (revisado 2010) dice en su artículo 35 sobre Ley Aplicable: "1. El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada. 2. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor (ex aequo et bono) solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo. 3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo, y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso". La Ley Modelo UNCITRAL de Arbitraje de 1985 (enmendada 2006) establece en su artículo 28: "Normas aplicables al fondo del litigio 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables. 3) El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. 4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso". La Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional chilena sigue en su artículo 28 exactamente la misma formulación que la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 enmendada el 2006.

70. Ya sea como demandante o demandado, aun cuando no existan muchos casos de Estados demandantes en el sistema CIADI.

71. Esta es la gran novedad que presenta el artículo 42 en comento en relación con otros reglamentos de arbitraje. Como ha dicho la doctrina: "Si es particular del artículo 42 la inclusión, dentro del Derecho estatal, de las normas de conflicto de dicho ordenamiento, lo que permitiría el reenvío y la aplicación del Derecho de un tercer país, en aquellos casos -verdaderamente excepcionales- en que hubiera puntos de contacto suficientes con ese tercer país". Zambrana Tevar, Nicolás, *La Determinación Del Derecho Aplicable Al Fondo en el Arbitraje de Inversiones*, Editorial Aranzadi (2010), p. 300.

*indirect and implicit and may be inferred from the facts and circumstances of the relationship between the parties. This point was discussed in the course of the Convention's drafting and appears to have been answered in the latter sense (History, Vol. II, pp. 418, 570)."*⁷²

Como ha sostenido un autor *"Hay que tener en cuenta que el arbitraje es un método de resolución de controversias basado en el acuerdo de las partes, que representa un mandato para el árbitro, por lo que éste, en la medida de lo posible, debe buscar cuál es el contenido de dicho acuerdo en lo que respecta a las diferentes fases del proceso."*⁷³

Para el autor, pareciera obvio que la interpretación correcta del artículo 42 (1) es la de permitir la elección tácita de ley, puesto que, para partir, el mismo artículo consagra la autonomía de la voluntad como primer elemento determinante del derecho aplicable. Por lo tanto, si del contrato resultase clara una elección de ley tácita, no cabría más que honrar la elección hecha por las partes. Por lo demás, que la elección de ley sea tácita no cambia el hecho que, de todas formas, es una elección de ley.

Uno de los principales problemas que presenta la determinación del Derecho aplicable a las controversias Inversor-Estado es la correcta interpretación y aplicación del mismo por parte del panel arbitral. En particular, los tribunales arbitrales para este tipo de controversias son "internacionales", es decir, están casi siempre compuestos por árbitros de variadas nacionalidades que probablemente no conocen a la perfección el derecho interno del país parte de la disputa⁷⁴. *"El modo de aplicar el derecho también puede resultar distinto, en alguna medida, del modo en que un juez nacional aplicaría las mismas normas jurídicas en un proceso ordinario. Sobre todo en el arbitraje comercial internacional, algunos laudos dan la impresión de que los árbitros hacen una interpretación de las normas menos estricta de lo que sería habitual en la jurisdicción ordinaria, o con más flexibilidad incluso en aquellos casos en que no se les ha dado la facultad de actuar como amiables compositeurs o de decidir en equidad [...]"*⁷⁵

4.21. Elección de ley y normas imperativas

72. Schreuer, Christoph / Malintoppi, Loretta / Reinisch, August / Sinclair, Anthony. *The ICSID Convention: a Commentary*. Cambridge University Press, Second Edition, 2009, p. 570.

73. Zambrana Tevar, Nicolás, *La Determinación Del Derecho Aplicable Al Fondo en el Arbitraje de Inversiones*, Editorial Aranzadi (2010), p. 238.

74. Existen casos en donde los Estados demandados son tan variados como Trinidad y Tobago, el Líbano, Egipto, Bolivia, Ucrania, Eslovaquia, etc. Es difícil pretender que los árbitros sean expertos en tan variados sistemas jurídicos e idiomas.

75. Zambrana Tevar, Nicolás. *La Determinación del Derecho Aplicable al Fondo en el Arbitraje de Inversiones*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi (2010), p. 69.

El único límite consagrado -y aceptado por la doctrina- para la autonomía de la voluntad son las conocidas normas imperativas, también conocidas como aquellas normas que son irrenunciables para las partes. Estas normas imperativas se manifiestan generalmente como normas de "derecho público", en el sentido tradicional que se contrapone al derecho privado, y que se entiende supletorio a la voluntad de las partes y que viene a llenar potenciales vacíos en las relaciones entre los privados. Hoy, la distinción entre uno y otro es difícil, puesto que no existe una definición unánime ni un instrumento legal que los consagre como tales uniformemente. La doctrina ha intentado esbozar normas imperativas internacionales y dice que: "[...] no es posible que los particulares implicados excluyan la aplicación de las normas que presentan ese carácter (acordando su sustitución por otras)." ⁷⁶

En efecto, las normas imperativas del foro son normas que el juez ha de aplicar obligatoriamente, aun contra la voluntad de las partes, y que estas se encuentran obligadas a observar. Es justamente por ello que su estudio se torna relevante. Las relaciones de derecho internacional privado, en este caso, relaciones contractuales, han de respetar las normas imperativas aun cuando el principio rector sea la autonomía de la voluntad. Dentro del ámbito de las normas imperativas encontramos aquellas denominadas "leyes de policía" o "leyes materiales imperativas" las que se caracterizan por ser normas imperativas aplicables a las relaciones internacionales. "Por una parte se trata de disposiciones imperativas, por otra, son aplicables a las situaciones privadas internacionales comprendidas en su ámbito espacial con independencia de las normas de conflicto generales, es decir, cualquiera sea la ley que rija la concreta situación privada. Las normas que integran esta categoría tienen como objetivo satisfacer intereses básicos del ordenamiento (normalmente de política económica o comercial, pero también social [...]); de modo que el contenido y fundamento de estas normas materiales condicionan normalmente su peculiar ámbito espacial de aplicación, al tiempo que éste presupone que la norma persigue cierta finalidad." ⁷⁷

En materia contractual, estas normas descansan en la idea de establecer un piso mínimo de justicia en la práctica contractual, que se condice en último término con el Estado de Derecho y la igualdad ante la ley. La doctrina nacio-

76. De Miguel Asensio, Pedro A. "Derecho Imperativo y relaciones privadas Internacionales", *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, tomo III, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 4.

77. De Miguel Asensio, Pedro A. "Derecho Imperativo y relaciones privadas Internacionales", *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, tomo III, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 7.

nal ha entendido que son aquellas normas que "[...] no conceden relevancia jurídica alguna a los elementos extranjeros eventualmente envueltos en un asunto. Por lo mismo, las normas de policía son excluyentes de toda otra regulación... de existir normas de policía, se sustrae la materia al tráfico externo" ⁷⁸.

Así, un juez deberá dejar de dar aplicación a una norma contractual que atente contra las normas materiales imperativas de su foro, configurando, en la práctica, la limitación a la autonomía de la voluntad.

Ciertos instrumentos han consagrado explícitamente esta situación, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI) prevé explícitamente en su artículo 18º que "el derecho designado por esta convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro". Aun cuando dicha Convención utiliza el concepto "orden público" y no "normas materiales imperativas", son sólo distintos vocablos para un mismo fin.

El RRI se refiere a las normas materialmente imperativas en su artículo 9º como "leyes de policía" y las define de forma interesante: "Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento."

Luego, establece que las disposiciones del reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro, extendiendo incluso su aplicación a casos en que los efectos del contrato sean ilegales de acuerdo a las leyes de policía del país donde el contrato producirá sus efectos, y establece que se tendrá en cuenta para su aplicación su naturaleza, objeto y las consecuencias derivadas de su aplicación. Todo lo cual viene a resaltar el sentido mismo de las normas materiales imperativas. Además, en el artículo 21º establece que se podrá excluir la aplicación de una norma designada por el Reglamento como aplicable al contrato, sólo en la medida que dicha aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro. De esta forma, el estándar probatorio para la exclusión de una norma es alto, en cuanto debe tratarse de una norma manifiestamente incompatible.

Dentro del derecho interno, el Código Federal suizo de Derecho Internacional Privado establece en sus artículos 17, 18 y 19 la aplicación de las normas de policía del Estado suizo o incluso aquellas normas de policía

78. Villarroel, Gabriel y Villarroel, Carlos. *Curso de Derecho Internacional Privado, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 101

extranjerías bajo el supuesto que haya un interés predominante y legítimo por una de las partes en su aplicación y que exista una conexión fáctica cercana del caso con tal derecho extranjero.

El artículo 11 de los Principios de la Conferencia de La Haya, dispone que: "1. Estos principios no impiden a un tribunal nacional aplicar las leyes de policía del foro al que se ha acudido, cualquiera que sea el Derecho elegido por las partes. 2. El Derecho del foro determina los casos en que el tribunal nacional puede o debe aplicar o tomar en consideración las leyes de policía de otro Derecho. 3. Un tribunal puede excluir la aplicación de una disposición del Derecho elegido por las partes si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con conceptos fundamentales del orden público del foro. 4. El Derecho del foro determina cuando un tribunal puede o debe aplicar o tomar en consideración el orden público de un Estado cuyo Derecho sería aplicable en ausencia de elección del Derecho aplicable. 5. Estos Principios no deben impedir a un tribunal arbitral aplicar o tomar en consideración el orden público, o aplicar o tomar en consideración leyes de policía de un Derecho distinto al elegido por las partes, si ello es requerido o permitido al tribunal arbitral".

En suma, las normas imperativas de la ley del contrato, del tribunal o de un tercer Estado que sean aplicables, no pueden ser vulneradas en la aplicación de la normativa elegida, pues aquellas son irrenunciables e inderogables a través de la autonomía de la voluntad.

El artículo 6º numeral 2º del Reglamento Roma I, nos entrega un buen ejemplo para entender cómo operan las normas imperativas frente a la legislación elegida, en este caso, en un contrato de consumo. La norma dispone expresamente que "...sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1".

III. LA ELECCIÓN DE LEY EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

1.- Introducción.

La voluntad de las partes es el elemento esencial que da vida al arbitraje⁷⁹. En su naturaleza más elemental, el arbitraje constituye una forma de admi-

79. De esta manera, "constituyendo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes el sustrato mismo del arbitraje, quedan fuera de su ámbito las cuestiones en las cuales los interesados no tengan poder de libre disposición". Fernández Rozas, J.C. et al., *Derecho de los Negocios Internacionales*. 2011. 3ª ed. Madrid, Iustel, p. 630.

nistrar justicia que nace a instancias de los propios justiciables. Son ellos quienes, en ejercicio de la libertad y de la libre disposición de sus derechos, acuerdan que un tercero resuelva el destino de sus controversias ejerciendo jurisdicción.

En el moderno Derecho de los Negocios Internacionales, el arbitraje es, sin lugar a dudas, el mecanismo de solución de controversias más utilizado por los operadores jurídicos.

El acto jurídico a través del cual las partes acuerdan someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, sea contractual o no contractual, se denomina acuerdo arbitral. La forma y contenido que pueda dársele al acuerdo arbitral es un aspecto fundamental y determinante en el juicio arbitral. La redacción defectuosa o incompleta de una cláusula arbitral, que no responda a las necesidades de las partes y/o de la transacción a la que se somete, puede generar graves y a veces insalvables problemas no sólo en la sustanciación del procedimiento, sino también en la resolución de la controversia que se ha sometido a conocimiento de los árbitros⁸⁰.

Por tal motivo, la redacción de la cláusula de arbitraje no es, en caso alguno, una materia que pueda asumirse a la ligera. De hecho, se ha dicho no sin razón que el acuerdo arbitral es la piedra angular del arbitraje. La metáfora no es exagerada. De estar mal diseñado, el edificio arbitral se desmorona⁸¹.

Si bien las cláusulas modelo de arbitraje que ofrecen la mayoría de los centros e instituciones arbitrales que operan a nivel nacional e internacional, cumplen en términos generales los requisitos mínimos para garantizar su validez y ejecutabilidad, lo cierto es que no siempre dichos modelos satisfacen las necesidades específicas que puedan tener las partes en su transacción⁸².

80. En este sentido señala Roberto Guerrero del Río "Lo que aparentemente es muy sencillo, cual es acordar una cláusula arbitral en que se convenga la voluntad de las partes para someter litigios futuros o eventuales a un arbitraje, puede ocurrir que éstas no cumplan el objetivo y presenten vicios que constituyan o puedan constituir un obstáculo al desarrollo armonioso del procedimiento arbitral. Es así como surgen serios problemas con motivos de diferentes imperfecciones de que puede adolecer una cláusula arbitral contenida en un contrato. Cuando ello sucede, esto es, cuando la cláusula compromisoria por cualquier razón, derivadas todas de deficiencias de su redacción, hace muy difícil o ineficaz el desarrollo del arbitraje, estas cláusulas toman el nombre de patológicas". Guerrero del Río, R. "Algunas reflexiones sobre la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial". *Estudios de arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Eduardo Picand Albónico (Editor), 2ª edición, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2014, p. 839.

81. González de Cossío, F. *Validez del Acuerdo Arbitral bajo la Convención De Nueva York: Un Ejercicio Conflictual*, p.2. Véase:

<<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Validez%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf>>

Así, pues, reconociendo las bondades que ofrecen ese tipo de cláusulas, y coincidiendo con Paul Friedland en el sentido que “...la regla básica en la redacción de cláusulas de arbitraje es comenzar con una cláusula modelo o estándar”⁸³, muchas veces resulta necesario y aconsejable diseñar cláusulas arbitrales específicas a través de las cuales puedan regularse materias de gran relevancia como el número de árbitros; la sede arbitral, el idioma, el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje y al procedimiento; el derecho aplicable a la controversia, entre otras.

La determinación del derecho aplicable al fondo del asunto en el arbitraje comercial internacional es un tema de particular importancia en el Derecho Internacional Privado y su desarrollo ha sido encaminado claramente por la evolución de los principios generales que inspiran en general la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales⁸⁴.

En efecto, las partes pueden pactar libremente, en uso de la autonomía de la voluntad, el derecho sustantivo que el tribunal arbitral debe utilizar para resolver la controversia surgida respecto a los derechos y las obligaciones del contrato.

La práctica contractual demuestra la creciente tendencia de los operadores de incorporar en los contratos internacionales una cláusula de elección de ley en donde las partes fijen el derecho sustantivo aplicable, materia que habitualmente debe negociarse antes de suscribir el contrato pues, surgida la controversia, las dificultades para llegar a un acuerdo probablemente se incrementarán.

Elegir el derecho aplicable al fondo del asunto es importante básicamente por dos razones: primero, pues será el que utilice el tribunal arbitral para resolver la controversia que ha surgido entre las partes; segundo, porque constituye el estatuto jurídico que deberán utilizar supletoriamente las partes para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales. Por tal motivo, nos parece una práctica saludable regular el derecho aplicable al fondo en una

82. Por ejemplo, la cláusula modelo del Centro de Arbitraje y mediación de Santiago de Chile se establece en los siguientes términos: “Todas las disputas que surjan de o que guarden relación con el presente contrato, se resolverán mediante arbitraje, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, vigente al momento de su inicio”.

83. Friedland, Paul y Llano Oddone, Rafael: *Cláusulas de arbitraje para contratos internacionales*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 2.

84. En esta materia véase: Sánchez Lorenzo, S. “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional”. *R.E.D.I.*, vol. LXI (2009) 1, p. 39-74; Fernández Rozas, J. “Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia”. *Arbitraje*, vol. III, N° 2, 2010, p. 377-409.

cláusula distinta de aquella en donde se pacta arbitraje.

La cláusula de elección de ley está íntimamente relacionada con la cláusula de elección de foro, por cuanto será el tribunal nacional o arbitral quien deba aplicar en último término el derecho elegido. Se trata de cláusulas absolutamente independientes entre sí, pero que, sin embargo, deben pensarse siempre de manera conjunta al momento de ser redactadas.

Así, resulta perfectamente posible que las partes no quieran someterse a arbitraje puesto que les acomoda la jurisdicción estatal, sin embargo, mantienen la firme convicción de someter su contrato y las eventuales controversias que puedan surgir a un derecho extranjero y/o a los principios de UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales (2010), caso en el cual dicho tribunal está obligado a aplicar dicha normativa, en la medida que no violente sus normas imperativas. Si las partes tampoco quisieran incorporar en el contrato una cláusula de derecho aplicable, el tribunal nacional tendría que aplicar las normas de conflicto de su *lex fori* para indagar cuál es el derecho sustantivo que tendrá que usar para resolver la controversia.

De igual forma, las partes podrían acordar que sus controversias sean resueltas por un tribunal arbitral y no por jueces nacionales, estableciendo, además, el derecho que deben aplicar para resolver el fondo del asunto, caso en el cual deberán utilizarse dichas normas para cumplir el contrato y resolver la controversia. También podrían no incorporar una cláusula de elección de ley, caso en el cual el tribunal arbitral deberá enfrentarse ante un escenario muy distinto, pues los árbitros, a diferencia de los jueces, no tienen una *lex fori* que les permita ubicar el derecho sustantivo aplicable, de modo tal que su rol será mucho más activo en la determinación del derecho aplicable al fondo de la controversia.

Ahora bien, es indiscutible que en aquellos casos en que las partes acuerdan someter sus controversias a la decisión de un panel arbitral, lo hacen sabiendo los beneficios que ello reporta, dentro de los cuales considerarán muy especialmente el conocimiento que tengan los árbitros sobre el derecho de fondo que quieren elegir en su contrato.

Como es posible advertir, la determinación del derecho aplicable al fondo del asunto en un arbitraje comercial internacional es un aspecto de suma importancia que no puede entregarse al azar y requiere ser cuidadosamente estudiado por los operadores no sólo al momento de redactar el contrato o el convenio arbitral, sino especialmente antes de hacerlo, anticipándose a las consecuencias jurídicas que implicará para las partes la determinación de tal o cual Derecho.

2.- La Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, actualizada el 2006).

El artículo 28 de la Ley Modelo UNCITRAL, sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley chilena N° 19.971, de 2004), regula expresamente las normas aplicables al fondo del litigio. Sobre el particular, entrega las siguientes directrices:

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

3.- Arbitraje de Derecho y arbitraje de Equidad.

El artículo 28(3) de la Ley N° 19.971 reconoce que las partes pueden acordar expresamente que los árbitros fallen como amigables componedores. El árbitro de Derecho resuelve sobre la base de normas jurídicas que las partes le han dado al tribunal arbitral para resolver la controversia; en cambio, el árbitro que falla *ex aequo et bono* lo hace conforme su leal saber y entender, entregando una decisión que se funda en su concepción de justicia⁸⁵.

A falta de elección, la ley 19.971 establece una presunción a favor del arbitraje de Derecho⁸⁶, tal como lo hace la mayoría de las legislaciones que siguen la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial

85. Según un laudo de fecha 29 de Marzo del año 2000 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago "Interpretar la ley oscura o integrar una laguna del Derecho según la equidad, lo mismo que fallar en equidad, significa basar la decisión en materiales jurídicos, ya sea en textos legales foráneos, sin valor de norma positiva (...), ya sea en pasajes doctrinarios de juristas ilustres". Citado por Fernández Rozas, J. *Tratado de Arbitraje Comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008, p. 820.

86. En los términos del artículo 28(3) de la Ley 19.971: "(3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así".

Internacional. De esta manera, es requisito esencial para que un árbitro pueda resolver conforme a su leal saber y entender, que lo hayan pactado expresamente los litigantes. De esta manera, si el árbitro falla conforme a la equidad no obstante que las partes hubieren determinado el derecho aplicable al fondo de la controversia, o bien, guardaron silencio respecto al asunto, el fallo se expone a ser impugnado y consecuentemente invalidado.

En concreto, la gran diferencia entre un arbitraje de Derecho y un arbitraje *ex aequo et bono* o *amiable composition*, se verá reflejada en la fundamentación de la decisión⁸⁷. En el primero, al sentenciador se le exige un mayor rigor en la motivación del fallo, debiendo justificar no sólo la elección de las normas aplicables al asunto y su interpretación, sino que lo obliga a llevar un procedimiento arbitral en el que las partes puedan debatir sobre el alcance jurídico de dichas normas⁸⁸. En cambio, si bien en un arbitraje de Equidad es perfectamente lícito que el árbitro incorpore en su decisión las normas jurídicas que estime adecuadas, lo hará sólo en cuanto representan o ejemplifiquen su leal saber o particular concepto de justicia, no existiendo en consecuencia la posibilidad de generar un debate procesal respecto de la aplicación y alcance de las normas jurídicas invocadas.

Tal como señala el profesor Sánchez Lorenzo, "en ocasiones, los límites entre una decisión puramente equitativa y otra ajustada a Derecho son borrosos, en particular si las normas aplicadas se expresan en forma indeterminada o genérica, como principios generales del Derecho o expresiones de la *Lex Mercatoria*"⁸⁹. Esto sucede como consecuencia de la utilización de un concepto difuso o poco concreto de la *Lex Mercatoria*, unida a la falta de fundamentación del alcance jurídico de las normas aplicadas, todo lo cual desemboca en un laudo de equidad disfrazado de legalidad.

Naturalmente, la determinación del derecho aplicable al fondo del asunto no puede contrariar la autonomía de la voluntad de las partes ni la disposición expresa del artículo 28 de la ley 19.971, por lo que el árbitro obligado a fallar en derecho no puede "ampararse en una mención puramente retórica de la *lex mercatoria*, y precise de una motivación suficiente de carácter jurídico de los

87. "La afirmación que el laudo de equidad no precisa motivación cada vez ofrece una menor entidad pues ésta es una garantía de respeto de los derechos fundamentales que debe presidir cualquier actuación procesal y no un mero instrumento de cortesía hacia las partes que han entablado el arbitraje; incluso se llega a sostener que en esta modalidad requiere un mayor rigor en esta cuestión que en el arbitraje de derecho que cuenta a su favor con el método de la subsunción". Fernández Rozas, J. *Tratado de Arbitraje Comercial en América Latina*, Op. Cit., p. 824.

88. Sánchez Lorenzo, S. "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional". *R.E.D.I.*, vol. LXI (2009) I, p. 40.

89. Ibid. p. 41.

criterios o reglas que fundamentan su decisión, y de la opción en su caso por dichas reglas ⁹⁰.

4. Función del derecho aplicable al fondo.

Un aspecto importante en cuanto al derecho aplicable a la controversia es su función, o dicho en otras palabras, el rol que está llamado a cumplir en su interacción con las disposiciones materiales del contrato. El artículo 28(4) de la Ley 19.971 señala que “en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”. Es decir, la ley de arbitraje comercial internacional sitúa los pactos contractuales en un lugar primario o preferente relegando al derecho aplicable a una posición secundaria o subsidiaria ⁹¹.

Se ha señalado por la doctrina, particularmente en materia contractual, que el derecho aplicable cumple tanto una función completiva, esto es, que tiene el fin de integrar las lagunas contractuales como una función interpretativa, la cual como señala su nombre tiene la misión de determinar el sentido y alcance de las disposiciones contractuales. Adicionalmente, parte de los autores sostienen que las normas que gobiernan la relación contractual cumplen una función restrictiva, anulando todas aquellas cláusulas que resulten contrarias a las normas imperativas de la *lex causae* ⁹². Otros en cambio, niegan tal función.

90. Ibid.

91. En este sentido el Laudo Arbitral de fecha 17.12.2010, N° PCA 45863 de la Corte Permanente de Arbitraje, disponible en línea en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1640>. “149. Concerning the interpretation of the Lease Agreement, the Tribunal has to apply primarily the terms of the Lease Agreement itself, which it will interpret and apply according to the Headquarters Agreement and the “recognized principles of international commercial law”. As to the latter, the Tribunal noted a divergence of opinion between the Parties concerning the value of the UNIDROIT Principles. However, the Tribunal also noted that, in the course of their submissions, both Parties extensively relied on the said UNIDROIT Principles. 150. The Tribunal further notes that the central point of controversy concerning the rental amount owed under the Lease Agreement cannot be directly solved by having recourse to the Headquarters Agreement, which may be relevant to the issue whether the rental fee required approval from the host State’s authorities and, if so, whether the legal effect of this requirement was restricted to the relationship between the host State and the Respondent or extended in some way to the Claimant. To this Tribunal, it appears that the gist of the controversy is governed by the Lease Agreement interpreted and applied in light of the recognized principles of international commercial law. 151. In the Tribunal’s view, the UNIDROIT Principles may indeed be regarded as indicative of recognized principles in the field of international commercial law. However, it considers that it need not formally base its decision on those Principles since it may find answers to the questions raised in this arbitration primarily in a contextual interpretation of the Lease Agreement, focusing on the conduct of the Parties.”

92. Sanchez Lorenzo, Sixto: *Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional*, Op. Cit. pp. 43-44.

En este sentido concordamos con el profesor Sánchez Lorenzo en que “cuando las partes eligen la ley aplicable, un principio elemental de la interpretación aconseja prescindir de la función restrictiva de la ley aplicable, pues es de suponer que las partes no habrían elegido una ley aplicable que anulara sus pactos ⁹³”. Esta conclusión es de toda lógica, por cuanto no tiene sentido presumir que las partes, haciendo uso de su autonomía conflictual, hubiesen elegido un determinado ordenamiento jurídico que excluya o invalide lo que expresa y específicamente pactaron en el contrato.

No obstante, la solución no es tan simple cuando el derecho aplicable es determinado por el sentenciador en defecto de elección. En estos casos, señala el autor citado que “la determinación objetiva de la ley aplicable cumple con normalidad su función restrictiva de los pactos y cláusulas previstos en las soluciones jurisdiccionales. Sin embargo, este efecto no debe ser admisible en el ámbito del arbitraje comercial internacional, debido a la prevalencia de las disposiciones contractuales como ley primera en la solución arbitral ⁹⁴”.

En conclusión, en el arbitraje comercial internacional el derecho aplicable cumple un rol completivo e interpretativo, integrando el clausulado cuando exista una laguna en el contrato y determinando el sentido y alcance de las estipulaciones, mas no una función restrictiva ⁹⁵.

5.- Elección del Derecho aplicable.

Una de las características sobresalientes de los contratos internacionales y que constituye el elemento diferenciador respecto de aquellos que resultan puramente internos, es el hecho de que presentan contactos con más de un ordenamiento jurídico ⁹⁶.

93. Ibid. p. 44.

94. Ibid. p. 45.

95. Sin embargo, señala que la opinión mayoritaria en este sentido es la siguiente: “Incluso en casos de elección de la ley aplicable (...) las partes al elegir el derecho aplicable, pueden estar interesadas en establecer un marco de control del alcance de sus pactos, autolimitándose de alguna forma, y no sería irrazonable que las normas imperativas de la ley aplicable derogaran algún pacto o, incluso, todo el contrato. Ni siquiera si las partes han establecido la prevalencia de sus propios pactos cuando sean contrarios al derecho elegido podrían impedir este efecto, por cuanto la validez de la propia cláusula no podría quedar al margen de toda ley”. Fourchard / Gaillard / Goldman: *International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1999, p. 797-799, citado por Sanchez Lorenzo, Sixto: *Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional*, Op. Cit. p. 44.

96. Véase: Bouza Vidal, N. “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de jurisdicción y la ley aplicable a los contratos internacionales”. *Curso de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2004*, pp. 31-91; Calvo Caravaca, A.L. y Fernández de la Gándara. *Contratos Internacionales*. Tecnos, Madrid, 1997;

De esta manera, se presenta el problema de determinar cual de todos los derechos potencialmente aplicables al contrato debe gobernar dicha relación jurídica transnacional. En el ámbito de la contratación internacional, es un principio de general aceptación el que las partes puedan elegir el derecho al cual se someten. En otras palabras, la autonomía de la voluntad se constituye en esta área del derecho como el principal elemento o factor de conexión para determinar el derecho aplicable.

En la regulación del arbitraje comercial internacional, se recoge este principio en el artículo 28(1) de la ley 19.971 en los siguientes términos: "El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes".

Esta disposición, al referirse a "las normas de derecho" permite la elección tanto de un ordenamiento jurídico estatal como de normas a-nacionales, ya que este concepto es más amplio que otros que se podrían haber utilizado, como por ejemplo "ley" o directamente "ley estatal", los cuales se refieren a normas que necesariamente emanan de la soberanía de un Estado y que en su creación se ajustaron a procedimientos y formalidades previstos en un determinado ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el mismo artículo 28(1), al señalar que se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico "de un Estado determinado" se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al Derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto, demuestra que no obstante pueda elegirse un cuerpo normativo a-nacional, la elección de derechos estatales sigue teniendo gran relevancia. Finalmente, la norma excluye la posibilidad del reenvío.

5.1. Elección de un Derecho estatal

Tradicionalmente, la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable al fondo del asunto se ha ejercido en favor de un determinado ordenamiento jurídico estatal. "Esta situación tiende a acomodarse a las necesidades de las transacciones comerciales internacionales en el sentido que tal Derecho es interpretado y aplicado de conformidad con parámetros internacionales"⁹⁷. Las partes pueden, a través de una cláusula de elección de ley,

elegir un determinado ordenamiento jurídico estatal como fuente rectora principal de su contrato, o bien, pueden combinarlo con otros cuerpos normativos no estatales. Con todo, aún cuando la elección del derecho aplicable se refiera únicamente a un ordenamiento jurídico estatal, dicha remisión conflictual no excluye la aplicabilidad de los usos del comercio internacional⁹⁸ ni tampoco la eventual aplicación de Convenciones Internacionales como el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías⁹⁹.

Como ya señalé en un apartado anterior, el derecho estatal elegido tiene una función completiva e interpretativa. La *lex causae* elegida no puede restringir, derogar o invalidar los acuerdos que las partes han establecido expresamente en el contrato.

Cabe hacer presente aquí ciertos problemas que pueden presentarse a la hora de aplicar un determinado ordenamiento jurídico estatal. Si las partes pactan la aplicación del derecho de un país plurilegislativo, como por ejemplo los Estados Unidos de Norteamérica, no será suficiente señalar el país al cual hacen referencia, sino que resultará necesario indicar con toda precisión el Estado en particular a cuyo derecho someten su controversia (por ejemplo el derecho vigente en el Estado de Texas). Por otra parte, pueden presentarse problemas temporales. Así, especialmente en los contratos donde participan empresas estatales será de cierta relevancia *estabilizar* el derecho elegido. Dicho en otras palabras, las partes al indicar el ordenamiento jurídico establecen que se aplicará aquel derecho que se encuentre imperando a la época de la suscripción del contrato. Por ejemplo, el derecho alemán vigente en febrero del año 2014. Finalmente, podría resultar que el derecho elegido devenga imposible de aplicar. Así sucedería si las partes no logran acreditar el contenido de las normas hipotéticamente aplicables¹⁰⁰. En efecto, resulta excepcional que los miembros del panel arbitral tengan un profundo conocimiento del derecho que resulte aplicable al fondo de la controversia, dada la naturaleza intrínseca del arbitraje comercial internacional y de la neutralidad cultural que en él se busca. Por su parte, los reglamentos de arbitraje nada dicen en cuanto a la forma de determinar el contenido del derecho aplicable¹⁰¹. El pro-

98. Recordemos que el artículo 28(4) señala expresamente que "En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso".

99. Sánchez Lorenzo, Sixto: "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional", Op. Cit. pp. 48.

100. Ibid. p. 49.

101. Derains, Y. "El árbitro internacional y el contenido del derecho aplicable al fondo". *Estudios de arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Eduardo Picand Albónico (Editor), 2ª edición, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2014, p. 608. Indica el autor que a consecuencia

97. Fernández Rozas, José Carlos: "Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia". Op. Cit., p. 377.

blema surge justamente cuando las partes nada dicen respecto de su contenido. El árbitro en este caso podría tomar la iniciativa de buscarlo por sus propios medios, de hecho así lo establece el reglamento de la London Court of International Arbitration, pero la verdad es que no tiene la obligación de hacerlo ¹⁰².

5.2. Elección de tratados internacionales

Si bien es cierto que ordinariamente se considerará la aplicación de un ordenamiento jurídico estatal, existe una diversidad de situaciones en las que el árbitro se halla facultado o incluso obligado a fallar según alguna Convención Internacional. Así, en ciertos tipos de arbitrajes, la remisión a una determinada Convención resulta necesaria. Un buen ejemplo de ello es el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas de 1978 sobre el Transporte Marítimo de Mercancías o "Reglas de Hamburgo" (incorporado en la legislación chilena interna en los artículos 1036 a 1038 del Código de Comercio), que faculta someter a arbitraje los conflictos que deriven de los contratos de transporte de mercancías en modalidad de conocimiento de embarque, ordenando sin embargo que el tribunal arbitral deberá aplicar las normas de dicha convención, entiendo incorporada a la cláusula arbitral dicha exigencia y considerando nula y sin efecto cualquier disposición en contrario.

En otros casos, la aplicación de una Convención Internacional resulta de la autonomía de la voluntad de las partes. Los litigantes son libres para someter su controversia al Convenio que estimen conveniente. Sin embargo, se presenta aquí el problema del alcance de la elección "pues como regla general se admite que tal elección produce una suerte de incorporación por referencia de la Convención al contrato con la consecuencia de que sus disposiciones imperativas no invalidan las cláusulas que resulten contrarias ¹⁰³" a las disposiciones contractuales pactadas.

Vale la pena mencionar el caso de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CCIM), sin duda uno de los textos de derecho uniforme de mayor relevancia. Su aplicación podrá resultar

de que los reglamentos de arbitraje nada digan respecto, "los árbitros gozan de gran flexibilidad para determinar el derecho aplicable. En la práctica, las partes suelen explicarle a los árbitros el contenido del derecho aplicable a los temas importantes para la solución de la controversia. Lo prueban a través de textos legales y jurisprudencia pertinente, lo cual se acompaña generalmente con prueba pericial, aunque ésta no sea siempre necesaria. Explicaciones por los abogados de las partes resulta a menudo más que suficiente".

¹⁰². Ibid. p. 611.

¹⁰³. Fernandez Rozas, J. "Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia". Op. Cit., p. 390.

bien porque el asunto queda comprendido en su ámbito de aplicación, o bien porque así lo han pactado expresamente las partes. Por su parte, el artículo 6 de la CCIM confiere la posibilidad de excluir parte o la totalidad de dicha Convención cuando ésta resulte aplicable, caso en el cual el árbitro deberá determinar el derecho a observar según corresponda.

En otras situaciones incluso se tomó en consideración una Convención Internacional "aun cuando no era aplicable al caso específico. Concretamente en el laudo CCI n° 5713/1989 se planteó la cuestión de la ley aplicable a un contrato de compraventa internacional resolviéndola los árbitros con remisión a lo dispuesto en la Convención de la Haya de 15 de Junio de 1955, sobre ley aplicable a la venta de cosas muebles corporales admitiendo que la convención constituía un *general trend in conflicts of law*" ¹⁰⁴.

5.3. Elección de Lex Mercatoria

Como ya hemos señalado, en el arbitraje comercial internacional se ha admitido que las partes puedan escoger como ley del contrato, un instrumento que no tenga la naturaleza de Derecho estatal ¹⁰⁵. De hecho, en los reglamentos de arbitraje internacional, como el de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional y el de la Cámara de Comercio Internacional de París, en lo referente a la ley aplicable al fondo de la controversia no se emplea la palabra "ley" sino "normas de derecho" o

¹⁰⁴. Ibid. p. 686.

¹⁰⁵. Así lo reconoció por ejemplo el Laudo Arbitral dictado con fecha 31.11.2006 ante el Centro de Arbitraje de México (CAM), disponible en línea <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149>. "43. El precepto no hace alusión al "derecho" elegido por las partes, sino a las "normas de derecho". Ello obedece al acogimiento por derecho arbitral mexicano de la postura más moderna que existe sobre el tema de derecho aplicable: el 'derecho' aplicable para resolver una controversia no tiene que ser 'derecho positivo mexicano', ni 'derecho positivo' de jurisdicción alguna. Pueden ser normas que no teniendo dicho carácter las partes hayan escogido en ejercicio de su libertad contractual. Así lo permiten las Reglas CAM. 44. Ello es congruente no solo con el principio de autonomía de la voluntad, sino con la postura adoptada en el Código Civil Federal, del Distrito Federal, del Código de Comercio y las convenciones internacionales de las que México es parte. 45. Al contemplar dicha posibilidad se deseó permitir la utilización de lo que se conoce doctrinalmente como el *jus mercatorum* o *lex mercatoria*. Si bien los ejemplos de dicho género de normas abundan, el ejemplo más notorio de los mismos son precisamente los Principios de la UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales aprobados en Roma en mayo de 1994, y que fueron modificados en 2004 (los "Principios UNIDROIT"), los cuales las partes han pactado como el 'derecho' aplicable a este caso. 46. Si bien es cierto que los Principios UNIDROIT han mostrado ser poco utilizados en México, su utilización no debe asombrar. Una de las controversias más grandes de la historia los utilizó, e innumerables laudos arbitrales, particularmente europeos, han sido emitidos y ejecutados en base a los mismos. 47. Por consiguiente, es perfectamente lícito bajo derecho mexicano utilizar los Principios de la UNIDROIT como las normas en base a las cuales se dirima esta controversia".

“normas jurídicas”¹⁰⁶. Es por ello, que existe un amplio consenso en este campo, sobre el valor de la *lex mercatoria* como un Derecho anacional que ya sea las partes o los árbitros, podrían designarla como aplicable al fondo de la controversia¹⁰⁷. Resulta entonces recomendable, que cuando se pacte que un instrumento que haga parte de la *lex mercatoria* será la ley del contrato, las partes acuerden adicionalmente arbitraje internacional, como forma de solucionar sus conflictos.

El problema se producirá al momento de identificar que reglas deben considerarse incorporada a la *lex mercatoria*. Existen entusiastas que incluyen en este concepto cualquier regla del comercio internacional de origen no estatal, como contratos tipo, leyes modelo, principios generales del derecho, etc. En la vereda opuesta están quienes identifican la *lex mercatoria* únicamente con los usos o prácticas del comercio internacional, adoptando de esta manera una postura restrictiva.

Por cierto, seguir una u otra postura no será indiferente al momento de decidir la controversia. Si el árbitro admite el criterio más amplio de la *lex mercatoria* aplicará en forma íntegra los distintos textos de normas anacionales, entre los cuales podemos mencionar como ejemplo a los principios de

106. Así el artículo 35 del Reglamento de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (revisado en 2010):

“Artículo 35

1. El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada.

2. El tribunal arbitral decidirá como *amigable componedor* (ex aequo et bono) solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo.

3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo, y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso”.

Por su parte, el artículo 21 del Reglamento de la CCI sobre arbitraje internacional (2012): “Normas jurídicas aplicables al fondo: 1. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas. 2. El tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes. 3. El tribunal arbitral tendrá los poderes de *amigable componedor* o decidirá ex aequo et bono únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes”.

En la versión en inglés de ambos reglamentos se emplea la expresión “*rules of law*” y en la versión francesa: “*les règles de droit*”.

107. Mayer; Heuzé, Op. Cit., pp. 545 a 547. Redfern, A.; Hunter, M.; Blackaby, N.; Partasides, C., *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 158 a 199. Talero Rueda, Santiago, *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*, Universidad de los Andes, Temis, Bogotá, 2008, págs. 292 a 331.

UNIDROIT sobre contratos mercantiles internacionales. Si bien es cierto que este cuerpo normativo recoge varios de los principios que uno podría reconocer como de general aceptación, no es menos cierto que asimismo regula materias que resultan novedosas e incluso desconocidas para muchas legislaciones. Un claro ejemplo de ello es la incorporación de la figura del *hardship* en los principios UNIDROIT y la consecuente posibilidad del árbitro de modificar los términos contractuales ante supuestos de excesiva onerosidad sobreviniente. Esta figura no sólo es desconocida en legislaciones tan relevantes para el régimen de la contratación internacional como lo es el inglés, si no que además, no parece lógico que en virtud de una remisión genérica a la *lex mercatoria* se le permita al árbitro modificar los pactos expresamente establecidos por las partes.

“En definitiva, una remisión genérica a la *lex mercatoria* no habilita al árbitro a una consideración indiferenciada de cualquier Derecho no estatal como *lex mercatoria*, y aconseja una ponderación particularizada de qué reglas dentro de dichos sistemas responden en realidad a prácticas o proposiciones generalmente aceptadas en el comercio internacional”¹⁰⁸.

Otro problema que puede presentar la elección de la *lex mercatoria* como derecho aplicable al contrato, es que a diferencia de los derechos estatales, ésta regula solo ciertos aspectos de la relación contractual, guardando silencio en diversas materias de gran importancia. De esta manera, “para colmar las frecuentes lagunas de la *lex mercatoria*, los árbitros son muy proclives al empleo de los principios generales del Derecho para extraer de ellos las normas aplicables al caso concreto”¹⁰⁹. Sin embargo, el principio que establece el deber de minimizar los daños por parte del acreedor en caso de incumplimiento o el deber de colaboración y actuar de buena fe, no permite al árbitro resolver los litigios sometidos a su conocimiento, dada su generalidad y abstracción. Por tanto, muchas veces sucederá que la remisión al recurso de la

108. Sanchez Lorenzo, S. “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional”, Op. Cit. p. 53.

109. Fernández Rosas, J. et al. *Derecho de los Negocios Internacionales*. 2011. 3ª ed. Madrid, Iustel, p. 694. El autor señala una lista no exhaustiva de postulados que sin duda integran la categoría de principios generales del derecho como: el que las prestaciones contractuales deben ser equilibradas; interpretación de buena fe de los contratos; presunción de competencia de los operadores del comercio internacional; compromiso para el acreedor de una obligación inexecutada de minimizar el perjuicio; suposición, a falta de acción, de renuncia de las sanciones contractuales; deber de cooperación entre las partes; exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses; validez de la aceptación tácita del contrato; reglas de interpretación de los contratos; transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos, etc.

lex mercatoria se limite a un mero recurso de interpretación de las cláusulas de los contratos comerciales internacionales.

6.- Derecho aplicable a falta de elección.

Si las partes han guardado silencio respecto del derecho aplicable al fondo de la controversia, será el árbitro quien deba decidir el asunto. Para estos efectos el artículo 28(2) de la ley 19.971, ha establecido la siguiente directriz: "Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables".

Esta norma establece una solución conflictual mediante la cual el árbitro está facultado para escoger la regla de conflicto que estime pertinente, la que a su vez le indicará cual estatuto normativo material resulta aplicable al fondo del asunto. Es necesario destacar aquí que el árbitro goza de absoluta libertad a la hora de elegir la norma conflictual, no siendo necesario que ésta presente algún grado de vinculación o contacto objetivo con la controversia o sede del arbitraje.

Así, al momento de determinar la norma conflictual aplicable puede tomar en consideración el lugar de celebración del contrato, el lugar del cumplimiento de las obligaciones, la nacionalidad de las partes, el domicilio o residencia habitual de una o ambas partes, etc.

Sin embargo, la fórmula utilizada por la ley 19.971 (que como sabemos sigue la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional), no constituye la única manera de solucionar el problema de determinar el derecho aplicable a falta de elección de las partes. Existen ciertas leyes arbitrales que también utilizan una solución conflictual pero limitándola generalmente en base a criterios de proximidad o de vinculación con la controversia o el contrato ¹¹⁰. En estos casos el árbitro no tiene plena libertad de escoger la norma de conflicto que estime pertinente si no que deberá aplicar aquella que presente los vínculos más estrechos.

Sin embargo, pareciera más sensato permitir que los árbitros busquen la solución directamente en las "normas materiales" que estimen pertinentes y no en las "normas conflictuales". Así lo ha reconocido el artículo 21 del nuevo Reglamento de Arbitraje de la *International Chamber of Commerce* (ICC), de 2012, dispone que "...A falta de acuerdo de las partes, el tribunal

arbitral aplicará las *normas jurídicas* que considere apropiadas. 2 El tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes. 3 El tribunal arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá *ex aequo et bono* únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes.

El artículo 1.496 del Código Procesal Civil francés señala, por su parte, que "El árbitro deberá dirimir la controversia con arreglo a las normas que hayan acordado las partes o, ante la omisión de una elección en este sentido, de conformidad con las normas que considere adecuadas". En un sentido similar el artículo 1054 de la Ley de Arbitraje de los Países Bajos, de 1986. Esta norma presenta dos ventajas: "En primer lugar, el tribunal arbitral internacional no está obligado a aplicar las normas de derecho internacional privado de algún país para realizar su elección del derecho aplicable. En segundo lugar, no está obligado a elegir un ordenamiento jurídico como derecho de fondo del contrato. En lugar de ello, puede optar por las reglas de derecho que considere adecuadas a efectos de decidir la controversia" ¹¹¹.

Con todo, la solución prevista en nuestro ordenamiento jurídico y que coincide con la gran mayoría de los países que han incorporado en su legislación la ley modelo de CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional sigue la fórmula conflictual, por lo que el árbitro deberá escoger la norma de derecho internacional privado que estime pertinente. Esto no impide sin embargo, que su decisión se vea materialmente orientada por las normas sustantivas de fondo que crea conveniente para resolver el fondo de la controversia.

6.1. Aplicación de los Usos Comerciales, *Lex Mercatoria* y los Principios Generales del Derecho

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, existe cierto consenso en que independiente que se aplique el método conflictual o el material para determinar el derecho aplicable al fondo de la controversia ante la ausencia de elección de las partes, el árbitro está facultado para fundamentar su decisión en cuerpos normativos de origen no estatal.

En este sentido, el árbitro tiene a su disposición una amplia gama de posibilidades, pudiendo elegir entre aplicar usos comerciales, *lex mercatoria* y/o principios generales del derecho o una combinación de ellos. Hago presente

110. Sanchez Lorenzo, Sixto: "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional", Op. Cit. p. 55. El autor cita como ejemplo de estas regulaciones el art. 1871 de la Ley Federal Suiza de DIPr., el artículo 834.1 del *Codice di procedura civile italiano*, el artículo 1.501.2 de la *Zivilprozessordnung* (ZPO).

111. Redfern, A.; Hunter, M.; Blackaby, N.; Partasides, C., *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Op. Cit., p. 209.

desde ya que las fronteras entre estos conceptos son difusas y su aplicación no es en caso alguno excluyente. Así, el uso de los principios generales del derecho (*pacta sunt servanda* por ejemplo) difícilmente ofrezca al juzgador una solución para la controversia, pero sí que podrá ser utilizado como parte de su argumento en unión a otras reglas emanadas de la *lex mercatoria* o de los usos comerciales.

Los usos comerciales desempeñan una función importante en la resolución del conflicto independiente ya sea en ausencia de elección del derecho aplicable o bien en coordinación con este. Ya hemos señalado que el artículo 28 de la ley 19.971 señala que “en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”. Como señala el profesor Sixto Sánchez “los usos comerciales devienen una suerte de acuerdo tácito o término implícito entre los contratantes u operadores económicos. (...) El carácter disponible de los usos comerciales implica la prevalencia de los pactos establecidos entre las partes cuando pudieran ser contrarios a dichos usos”¹¹². En otras palabras, los usos comerciales, al igual que la *lex mercatoria*, cumple una función integradora o interpretativa, mas no la función restrictiva. La dificultad en cuanto a la aplicación de los usos comerciales recaerá, obviamente, en determinar cuando existe un determinado uso, lo cual deberá ser probado por la parte que lo invoca. Al igual que los usos del comercio internacional, en ciertas sentencias se han considerado como obligaciones implícitas, aquellas que derivan de los principios generales del derecho¹¹³.

112. Sánchez Lorenzo, Sixto: “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional”, Op. Cit. pp. 58 y 59.

113. En este sentido el Laudo Arbitral de fecha 08.02.2008, N° 18/2007 de la International Court of Arbitration of the Chamber of Industry and Commerce of the Russian Federation, disponible en línea en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1478>. “[...] In the opinion of the arbitral tribunal the conclusion on non-compliance by the Claimant with the Contract requirement on pre-arbitration disputes settlement is in accordance with the basic principles of international trade, primarily in the first place with the principle of good faith and fair dealing (Articles 7 and 8 of the Vienna Convention; Article 1.7 of the Principles of International Commercial Contracts — the UNIDROIT Principles). International practice considers good faith and fair dealing as implied obligations (Article 5.1.2 of the UNIDROIT Principles). On this basis the arbitral tribunal believes that since the Parties specified in the Contract the terms on the purposeful delivery of goods to the Recipient, fixing its share, and on the terms of payment for that goods, thus it is implied that all persons involved in fulfillment of obligation under the Contract (both the disputing Parties and the Recipient) were obliged to participate in the mutual settlement of disagreements that had arisen between them on the basis of good faith and fair dealing. In other words, the arbitral tribunal is persuaded that the principle of good faith and fair dealing being interpreted in international economic relations as a fundamental principle of mandatory nature (items 123 of the Comment on Article 1.7 of the UNIDROIT Principles) is to be extended to cover the parties’ conduct all the way through

En cuanto a la aplicación de la *lex mercatoria* como ordenamiento rector de la controversia, “se ha señalado que, salvo excepciones, se ha generalizado la aceptación del recurso por los árbitros a la *lex mercatoria* en defecto de elección por las partes del derecho aplicable”. Sin embargo, aquí vuelven a presentarse los mismos problemas de delimitación del concepto a que hicimos referencia cuando las partes remiten expresamente a la *lex mercatoria* o a las normas generales del derecho. ¿Qué debe entenderse por *lex mercatoria*? ¿Cuál es su alcance? Es paradigmático el caso de los principios de UNIDROIT sobre contratos mercantiles internacionales. ¿Deben considerarse parte de la *lex mercatoria* todos sus artículos o solamente los principios generales? Lo cierto es que el árbitro deberá resolver este asunto en forma casuística, teniendo en cuenta todos los aspectos de la controversia, en particular la validez del laudo y su posibilidad de ejecución.

7.- Derecho aplicable al fondo y normas imperativas.

El árbitro internacional a diferencia de un Juez nacional carece de *lex fori*. Así lo ha señalado reiteradamente la doctrina y los fallos arbitrales internacionales. Una sentencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional señaló que “el árbitro internacional no tiene *lex fori* de la cual podría extraer reglas de conflictos de leyes”¹¹⁴. La falta de *Lex fori* tiene como consecuencia que el sentenciador “no tiene una relación privilegiada con ningún sistema jurídico nacional, así como tampoco exista una ley que pueda catalogar como extranjera. En este sentido, todos los sistemas jurídicos se encuentran en igualdad de condiciones”¹¹⁵.

No obstante, el árbitro internacional sí puede verse en la obligación de considerar determinadas normas de aplicación necesaria que se encuentren reguladas en un ordenamiento jurídico estatal que tenga una relación estrecha con la ejecución del contrato. Así pasa generalmente con normas que protegen la libre competencia, que regulan las exportaciones o importaciones, las disposiciones aduaneras, ordenanzas sanitarias, protección del medio ambiente, etc. “La aplicación de las normas imperativas implica que el árbitro tome en consideración y considere legítimo el cumplimiento o la interfe-

development of contract relations, starting from the holding of negotiations on making a contract and ending with steps on settlement of disagreements that arose in fulfillment of the contract, i.e. at the pre-arbitral stage”.

114. Laudo CCI N° 1512 de 1971, Yearbook Commercial Arbitration 1980, p. 74.

115. Derains, Y. “El árbitro internacional y el contenido del derecho aplicable al fondo”. *Estudios de arbitraje*. Op. Cit., p. 608.

rencia de normas de orden público económico de un Estado particularmente vinculado al contrato, en particular del país de ejecución” ¹¹⁶.

Es importante señalar que las normas imperativas que deben ser observadas necesariamente por el árbitro internacional no dicen relación ni con la *lex contractus* ni con la *lex causae*. La imperatividad de su aplicación no se encuentra ligada a la determinación del derecho aplicable al fondo de la controversia. Ya me referí anteriormente a la inexistencia de la función restrictiva del derecho aplicable.

El respeto a las normas imperativas de un determinado Estado se justifica con la estrecha conexión del contrato con un Estado que hacen que las partes deban prever su aplicabilidad. “Así, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato, un importador no puede prevalerse de la inaplicación de las normas administrativas que regulan la importación de mercaderías en su país, o de las disposiciones sobre ejecución material de las prestaciones, o la obtención de licencias o permisos administrativos. Un contrato destinado a producir efectos en un determinado mercado genera para las partes la obligación de tener en cuenta las reglas sobre libre competencia del mercado afectado” ¹¹⁷.

IV. MODELOS DE CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE LEY ¹¹⁸

Cláusula de elección de un Derecho estatal

“Derecho Aplicable: Este contrato se regirá por las leyes de..., con exclusión de sus reglas de Derecho Internacional privado.”

“Applicable Law: This Contract shall be governed by the laws of..., excluding the conflict of law provisions of such country”.

Cláusula de elección parcial de varios Derechos estatales

“Derecho aplicable: Este contrato se regirá por las leyes de... excepto en los aspectos relativos a la cláusula... sobre... que se regirán por las leyes de...”.

“Applicable Law: This contract shall be governed by the laws of... except for matters concerning Clause... on... which shall be governed by the laws of...”

¹¹⁶. Sánchez Lorenzo, Sixto: “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional”, Op. Cit. p. 64.

¹¹⁷. Ibid. p. 66.

¹¹⁸. Todos los modelos que se mencionan a continuación son expuestos y explicados en detalle en el excelente libro colectivo de: Sánchez Lorenzo, Sixto (coord.): *Cláusulas en contratos internacionales. Redacción y análisis*, Editorial Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, España, 2012, pp. 243-268.

Cláusula de elección de un Derecho estatal con referencia especial a la aplicación de normas de la ley del país de ejecución

“Derecho aplicable. Este contrato se regirá por las leyes de... Las partes se comprometen a cumplir todas las normas del país de ejecución del contrato que sean de aplicación imperativa al contrato.”

“Applicable Law: This contract shall be governed by the laws of.... Parties agree to comply with all mandatory applicable laws and regulations of the country where performance takes place.”

Cláusula de elección de un Derecho estatal con exclusión de la aplicación de las normas de un convenio internacional

“Derecho aplicable. Este contrato y cualquier reclamación derivada de o relativa a este contrato se regirán por las leyes de... con exclusión de sus reglas de Derechos Internacional privado y de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.”

“Applicable Law. This Contract and any Claim arising out of or related to this Contract shall be governed by the laws of... excluding the conflict of law provisions of such country and the Vienna Convention on the International Sale of Goods.”

Cláusula de elección de un Derecho estatal con fijación temporal

“Derecho aplicable. Este contrato se regirá por las leyes de... en vigor al tiempo de celebración del contrato con exclusión de la legislación posterior.”

“Applicable Law. This Contract shall be governed by the laws of... in force at the time the contract is concluded, to the exclusion of subsequent legislation.”

Cláusula de elección de una normativa no estatal

“Derechos aplicable. Las cuestiones relativas a este contrato que no estén resueltas en sus cláusulas se regirán, en este orden, por:

(a) los principios jurídicos considerados generalizadamente en el comercio internacional como aplicables a los contratos internacionales de...

(b) los usos comerciales pertinentes

(c) los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.”

“Applicable Law. “Any questions relating to this Contract that are not settled by its provisions shall be governed, in the following order:

(a) by the principles of law generally regarded in international commerce as applicable to international...

- (b) by the relevant trade usages, and
- (c) by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.”

Cláusula de elección de una normativa no estatal combinada con la elección de una legislación estatal

“Derecho aplicable. Las cuestiones relativas a este contrato que no estén resueltas en sus cláusulas se regirán en este orden, por:

- (a) los principios jurídicos considerados generalizadamente en el comercio internacional como aplicables a los contratos internacionales de...
- (b) los usos comerciales pertinentes
- (c) los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales
- (d) las leyes de...”

“Applicable Law. Any questions relating to this Contract that are not settled by its provisions shall be governed, in the following order:

- (a) by the principles of law generally regarded in international commerce as applicable to international... contracts,
- (b) by the relevant trade usages, and
- (c) by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
- (d) by the laws of...”

LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN CASOS DE CONFLICTO ARMADO

Ana Elizabeth VILLALTA VIZCARRA (El Salvador)*

Miembro del IHLADI

SUMARIO: I. Antecedentes; II. Protección de Bienes Culturales; III. Ratificación de los Principales Convenios de DIH sobre este tema por parte de los Estados del Sistema Interamericano; IV. Sobre Legislación Modelo; V. Conclusión.

I.- ANTECEDENTES

El Derecho Internacional Humanitario (DIH), es la agrupación de las distintas normas, en su mayoría consagradas en los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos Adicionales de 1977, que tienen como objetivo principal la protección de las personas no participantes en las hostilidades o que han decidido dejar de participar en el enfrentamiento y de sus bienes, así como limitar los medios y los métodos de hacer la guerra. Las distintas normas de Derecho Internacional Humanitario pretenden evitar y limitar el sufrimiento humano en tiempos de conflicto armado. Estas normas son de obligatorio cumplimiento tanto para los gobiernos y los ejércitos participantes en el conflicto como por los distintos grupos armados de oposición o cualquier parte participante en el mismo. El Derecho Internacional Humanitario limita el uso de métodos de guerra y el empleo de medios utilizados en los conflictos.

En ese sentido, el Derecho Internacional Humanitario cubre prácticamente dos ámbitos: La protección de las personas que no participan o que ya no participan en las hostilidades y una serie de restricciones sobre los medios de guerra, especialmente con las armas, y con los métodos de guerra, como con ciertas tácticas militares.

* Miembro del Comité Jurídico Interamericano. Profesora de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado. Embajadora de Carrera de El Salvador

Estas restricciones se refieren a que el Derecho Internacional Humanitario prohíbe que los medios y los métodos militares no distingan entre las personas que participan en los combates y las personas que no toman parte en los mismos, con el fin de respetar la vida de la población civil, tanto de las personas como de los bienes civiles, y que los medios y métodos militares no causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios y no causen daños graves y duraderos al medio ambiente.

El Derecho Internacional Humanitario se encuentra esencialmente contenido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, como en sus Protocolos Adicionales pero hay también otros tratados que regulan normas de esta materia en diversos temas, por lo que muchas de sus disposiciones pueden ser relevantes para esta temática, siendo estos: La Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y sus dos Protocolos; la Convención de 1972 sobre Armas Bacteriológicas; la Convención de 1980 sobre ciertas Armas Convencionales y sus cinco Protocolos; la Convención de 1993 sobre Armas Químicas; El Tratado de Ottawa de 1997 sobre las Minas Antipersonal; la Convención de 2008 sobre las Armas en Racimo y el Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Actualmente la práctica de la mayoría de los Estados ha sido aceptar muchas disposiciones de Derecho Internacional Humanitario como derecho consuetudinario.

El Derecho Internacional Humanitario distingue entre conflicto armado de carácter internacional y conflicto armado sin carácter internacional, de tal manera que en los conflictos armados internacionales se enfrentan como mínimo dos Estados, pudiendo incluso ampliarse a los movimientos de liberación nacional y en los conflictos armados sin carácter internacional se enfrentan en el territorio de un mismo Estado, las fuerzas armadas regulares y grupos armados disidentes, o grupos armados entre sí; en estos conflictos se aplica particularmente el artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977.

El Derecho Internacional Humanitario prevé la utilización de algunos signos distintivos que se puedan emplear para identificar a las personas, los bienes y los lugares protegidos, principalmente de los emblemas de la Cruz Roja, la Media Luna Roja y el Cristal Rojo, así como los signos distintivos específicos de los bienes culturales y de la protección civil.

II. PROTECCIÓN DE BIENES CULTURALES

Como el tema relativo a la presente Conferencia es la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado a través de la elaboración de Legislación Modelo, en ese sentido, es necesario determinar que se entiende por Bien Cultural, el cual se encuentra definido en el artículo 1 de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de la siguiente manera:

“Para los fines de la presente Convención, se consideraran bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario: a) los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos. b) los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a) tales como los museos, las grandes bibliotecas, los bienes culturales muebles definidos en el apartado a). c) los centros que comprenden un número considerable de bienes culturales muebles definidos en los apartados a) y b), que se denominaran “centros monumentales”.

Se hace necesario también referirse a los principales Instrumentos de Derecho Internacional Humanitario que protegen los Bienes Culturales en caso de conflicto armado, siendo estos: las Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y 1907; la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, que es el principal Tratado de Derecho Internacional Humanitario para la Protección de estos Bienes, la cual cuenta con un Reglamento de Aplicación, así como con dos Protocolos Adicionales de 1954 y de 1999. Existen también otros Instrumentos que contienen disposiciones relativas a la protección de bienes culturales en conflicto armado que son los Protocolos Adicionales I (particularmente los artículos 38, 53 y 85) y II (especialmente el artículo 16) de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional de 1998.

Las Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y 1907, desempeñaron un papel decisivo en el desarrollo de la protección de los Bienes Culturales en

tiempo de guerra, y tomaron como fundamento la Conferencia de Bruselas de 1874 sobre limitación de armamentos. En la Primera Conferencia que se celebró en La Haya del 15 de mayo al 31 de julio de 1899, su principal objetivo fue debatir acerca de la Paz y el desarme, adoptando un Convenio para el arreglo pacífico de controversias internacionales, que no solamente trataba sobre arbitraje sino también de otros medios de solución pacíficos de controversias y se adoptó un Reglamento sobre Leyes y Costumbres de la guerra terrestre y se constituyó el Tribunal Internacional de Arbitraje, aceptándose el uso de los buenos oficios, la mediación y el arbitraje, con el objeto de prevenir los conflictos armados entre naciones, se instituyó, además, un mecanismo permanente que permitiera establecer tribunales arbitrales, siendo el antecedente de la Corte Permanente de Arbitraje.

En la segunda Conferencia de Paz de La Haya de 1907, que tuvo lugar del 15 de junio al 18 de octubre de ese año, se revisó el Convenio de 1899 y las normas que regían el Reglamento Arbitral, en la misma se adoptaron 13 Convenciones Internacionales, siendo la IV y la IX las relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que contenían además normas de protección de los Bienes Culturales, así como el artículo 5 de la misma Conferencia. En esta Reunión se logró presentar una Propuesta Conjunta para la creación de un Tribunal Permanente de Justicia Internacional.

Ambas Conferencias, establecieron la prohibición de atacar "ciudades abiertas" y la obligación de tomar las medidas necesarias para respetar en cuanto sea posible los edificios consagrados a los cultos, a las artes, a las ciencias y a la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y lugares en donde se encuentren reunidos los heridos y enfermos, salvo que dichos Edificios estén diseñados al mismo tiempo a algún fin militar, incluso se llegó a incorporar dos tipos de Responsabilidad: una Responsabilidad Penal Individual para los sujetos que protagonizaran los actos de secuestro o destrucción de bienes culturales y una Responsabilidad Patrimonial para el Estado en concepto de indemnización por los daños que pudiera causar el personal de sus fuerzas armadas.

Como dichas Convenciones no pudieron impedir la destrucción de numerosos bienes culturales durante la Primera Guerra Mundial, no obstante que desempeñaron un papel prohibitivo, como parte del Derecho Internacional Consuetudinario. Por lo que, se estableció la necesidad de adoptar un Instrumento que regulase de forma específica la protección de los bienes culturales en tiempo de guerra y es así como el 15 de abril de 1935 se suscribe el "Tratado de Washington sobre la Protección de Instituciones Artísticas y Científicas y Monumentos Históricos" conocido como "Pacto de Roerich",

de aplicación tanto en tiempo de paz como de guerra, estableciendo además un signo distintivo para los monumentos históricos e institucionales protegidos, abarcando solamente bienes culturales inmuebles, se consignó la neutralidad de los monumentos históricos, museo e instituciones que constasen en una lista elaborada por los gobiernos respectivos.

La Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, es prácticamente el primer Instrumento con vocación universal que establece un régimen de protección para estos bienes y fue la culminación de todo un esfuerzo constituyéndose el primer conjunto coherente de normas jurídicas consagrado enteramente a la protección de los bienes culturales, tiene la virtud de haber introducido el concepto de Bienes Culturales, protegiéndose de esta manera todos aquellos bienes que constituyen en esencia la manifestación de la cultura de un determinado pueblo y que, en razón de su importancia deben ser preservados de los efectos de la guerra.

Los otros Instrumentos a que se ha hecho referencia amplían su ámbito de aplicación o refuerzan el sistema de protección que se instaura en ella. Ya que todos estos bienes gozan de una protección general, y algunos de ellos de una Protección Especial que tiene por objeto su conservación en cuanto son constitutivos de un patrimonio cultural que forma parte de la identidad de cada pueblo.

De tal manera que su Protocolo Adicional de 1954 prevé un régimen de protección para aquellas situaciones de ocupación del territorio de un Estado por otro Estado. Su Protocolo Adicional de 1999 permite a los Estados Parte completar y reforzar el sistema establecido en 1954, de tal manera que instituye un régimen de Protección Reforzada para los bienes culturales de la mayor importancia para la humanidad, prevé además la responsabilidad penal individual, estipula nuevas medidas de precaución relativas al ataque y contra los efectos del ataque y crea instituciones más aptas para garantizar el control de la aplicación del régimen de protección de los bienes culturales, como lo es la creación de una Comisión de Expertos y de un Fondo que puede ser utilizado por los Estados para implementar obligaciones que dimanen de dicho instrumento.

Los Protocolos Adicionales de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, establecen disposiciones relativas a la protección de los bienes culturales en período de conflicto armado internacional y no internacional, en ellos se establece la prohibición de transformar los bienes culturales en objetivos militares y la comisión de actos de hostilidad en su contra, provoca infracciones que en ciertas condiciones puede constituir un crimen de guerra.

El Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional de 1998, prevé en su artículo 8 relativo a los crímenes de guerra, en su numeral 2. Literal ix), la capacidad de juzgar a las personas de las que se presume que, en el caso de un conflicto armado internacional o no internacional, hayan dirigido ataques deliberados contra bienes civiles y edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupan enfermos y heridos, siempre que estos edificios no sean objetivos militares. De conformidad al artículo 5 del Estatuto de Roma, son crímenes de competencia de la Corte, los siguientes: a) crimen de genocidio; b) crímenes de lesa humanidad; c) crímenes de guerra; y, d) el crimen de agresión.

En razón a lo anterior, una Legislación Modelo debe armonizar la aplicación de toda la normativa recogida en todos estos instrumentos con el fin de salvaguardar la protección de los bienes culturales.

Hay que tomar en cuenta además, que los bienes culturales han de protegerse en todo momento tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, para ello los Gobiernos disponen de medios de identificación y conservación y de un personal especializado encargado de su clasificación y salvaguarda. En este sentido, es necesario que los Gobiernos tomen todas las medidas preventivas y preparatorias en tiempo de paz, para tener la capacidad de proteger los bienes culturales en caso de conflicto armado internacional y no internacional, siendo conveniente el establecer los vínculos necesarios entre los sistemas de protección civil y militar y las diversas entidades responsables, a fin de velar porque se conozcan y respeten las reglas específicas destinadas a aplicarse durante los conflictos armados.

Por otra parte, existen también otros tratados que también regulan lo relativo a la protección de bienes culturales en situación de conflicto armado, como lo son: la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, París, 1970; la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972; la Convención de 1976 sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas o Convención de San Salvador; la Convención de UNIDROIT sobre Objetos Culturales, Robados o Ilegalmente Exportados, de 1995, conocida como Convención de Roma y las Normas del Estudio de Derecho Internacional Consuetudinario elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) de 2005, de las normas 38 a la 41.

III. RATIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES CONVENIOS DE DIH SOBRE ESTE TEMA POR PARTE DE LOS ESTADOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 han sido ratificados por todos los Estados del continente americano, o sea, por los 35 Estados Miembros de la OEA, siendo estos: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

El Protocolo Adicional I de 1977, ha sido ratificado por 34 Estados de la región, únicamente falta la ratificación de los Estados Unidos de América.

El Protocolo Adicional II de 1977, ha sido ratificado por 33 Estados de la región, faltando la ratificación de 2 Estados, es decir, de los Estados Unidos de América y de México.

El Protocolo Adicional de 2005, ha sido ratificado por 15 Estados de la región, siendo estos: Argentina, Belice, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay y República Dominicana, estando pendientes 20 Estados de ratificación: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Bolivia, Colombia, Cuba, Dominica, Ecuador, Granada, Haití, Jamaica, Panamá, Perú, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

La Convención de La Haya de 1954 para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, ha sido ratificada por 22 Estados del Continente, siendo estos los siguientes: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Faltando la ratificación de 13 Estados: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname y Trinidad y Tobago.

Su Protocolo Adicional de 1954, ha sido ratificado por 19 Estados del Continente, siendo estos: Argentina, Barbados, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y

Uruguay, pendientes de ratificar 16 Estados: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Bolivia, Dominica, Estados Unidos de América, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago y Venezuela.

Y su Protocolo Adicional de 1999, ha sido ratificado por 18 Estados de la región, entre ellos: Argentina, Barbados, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, pendientes de ratificar 17 Estados: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Bolivia, Cuba, Dominica, Estados Unidos de América, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago y Venezuela.

El Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional de 1998, ha sido ratificado por 28 Estados del Continente, siendo estos: Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, pendientes de ratificar 7 Estados: Bahamas, Cuba, El Salvador, Estados Unidos de América, Haití, Jamaica y Nicaragua.

La Convención de 1972 sobre Armas Bacteriológicas ha sido ratificada por 33 Estados del Continente, siendo estos: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Estando pendientes de ratificación 2 Estados: Guyana y Haití.

La Convención de 1980 sobre ciertas Armas Convencionales ha sido ratificada por los siguientes 24 Estados del Continente: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Uruguay y Venezuela. Estando pendientes de ratificar 11 Estados: Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, Suriname y Trinidad y Tobago.

Su Protocolo Adicional I de 1980, ha sido ratificado por 24 Estados del

Continente, siendo estos: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Uruguay y Venezuela. Faltando la ratificación de 11 Estados: Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, Suriname y Trinidad y Tobago.

Su Protocolo Adicional II de 1980, ha sido ratificado por 18 Estados del Continente, siendo estos: Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, faltando ratificar 17 Estados: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Chile, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Nicaragua, Perú, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname y Trinidad y Tobago.

Su Protocolo Adicional III de 1980, ha sido ratificado por 24 Estados del Continente, siendo estos: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Uruguay y Venezuela, faltando por ratificar 11 Estados: Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, Suriname y Trinidad y Tobago.

Su Protocolo Adicional IV de 1985, ha sido ratificado por los siguientes 22 Estados del Continente: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas y Uruguay. Estando pendientes de ratificar 13 Estados: Bahamas, Barbados, Belice, Cuba, Dominica, Granada, Guyana, Haití, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago y Venezuela.

Su Protocolo Adicional V de 2003, ha sido ratificado por 16 Estados del Continente, siendo estos: Argentina, Canadá, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, San Vicente y las Granadinas y Uruguay, estando pendiente la ratificación de 19 Estados: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Dominica, Granada, Guyana, Haití, México, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago y Venezuela.

La Convención de 1993 sobre Armas Químicas, ha sido ratificada por 35 Estados Miembros de la OEA, es decir: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

El Tratado de Ottawa de 1997 sobre las Minas Antipersonal, ha sido ratificado por 33 Estados de la región, siendo estos: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Faltando por ratificar 2 Estados: Cuba y Estados Unidos de América.

La Convención de 2008 sobre Armas en Racimo, ha sido ratificada por 15 Estados de la Región, siendo estos: Antigua y Barbuda, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago y Uruguay, pendientes de ratificar 20 Estados: Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Cuba, Dominica, Estados Unidos de América, Guyana, Haití, Jamaica, Paraguay, Perú, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, Suriname y Venezuela.

El Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de los Niños en Conflicto Armado de 2000, ha sido ratificado por 26 Estados de la Región, siendo estos: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, San Vicente y las Granadinas, Uruguay y Venezuela, pendientes de ratificar 9 Estados: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Haití, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, Suriname y Trinidad y Tobago.

Siendo conveniente que los Estados del Continente americano que aun no son Parte de estos Instrumentos, analizaran la conveniencia de su ratificación.

IV. SOBRE LEGISLACIÓN MODELO

En este orden de ideas, la Legislación Modelo a implementarse debe tener normas claras en cuanto a la protección general, especial y reforzada de los Bienes Culturales, tal como se establece en sus principales instrumentos, siendo de carácter general una protección que entraña la salvaguardia y respeto de todos los bienes culturales; la protección especial que se refiere a un número limitado de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, de centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de importancia muy grande y los de carácter reforzado, aquellos que son patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad.

De tal suerte, que se protege de forma general a muchos objetos y, de una manera especialmente intensa, a muy pocos objetos de excepcional importancia. En este sentido, tenemos que todos los bienes culturales a que se refiere el artículo 1 de la Convención de 1954 se benefician de una protección general, a la que están sujetas las autoridades del país donde se encuentran, por lo que se necesitará de un acto normativo interno que obligue a estas autoridades a tomar determinadas medidas de salvaguardia y de respeto, y que permita a los gobiernos señalar el bien o bienes afectados con el emblema de protección, esto también podría ser retomado en la Legislación Modelo.

En consecuencia, el alcance de la protección general se dirigirá primeramente, a imponer al Estado Contratante una obligación de respeto y salvaguardia, de forma que se comprometa a preparar, ya en tiempo de paz, el amparo de tal bien, adoptando las medidas que sean necesarias para ello, adoptando medidas legislativas o administrativas para su protección.

El Principio General de la protección de los Bienes Culturales en los conflictos armados se basa en la obligación de salvaguardias y de respetar esos bienes. Por lo que, la salvaguardia de esos bienes entraña un conjunto de medidas que han de tomarse en tiempo de paz con miras de garantizar lo mejor posible las condiciones materiales de su protección. En este punto, es donde podría aportar la Legislación Modelo.

Hay que tomar en cuenta además, que la responsabilidad de protección de los bienes culturales es para ambas Partes en conflicto, es decir, tanto a la que controla el bien cultural como a la Parte adversa. La única causa posible de derogación de la obligación de respeto a los Bienes Culturales es la "necesidad militar imperiosa" concepto que debería estar claramente delimitado en la Legislación Modelo y acorde al estándar internacional referido en los instrumentos sobre la materia.

En cuanto a la Protección Especial, tenemos que los bienes protegidos bajo este régimen son más limitados y las condiciones para gozar de esta protección son más difíciles de llenar, ya que se le otorga una Inmunidad contra todo acto de hostilidad y toda utilización incluida la de sus proximidades inmediatas. Aquí no se prevé excepción alguna para la necesidad militar imperiosa.

Estos bienes sujetos a Protección Especial deben cumplir con las siguientes condiciones: 1) Que se encuentren a suficiente distancia de un gran centro industrial o de cualquier objetivo militar importante y 2) que no sean utilizados para fines militares. No obstante lo anterior, si un Estado Parte se compromete a no hacer uso ninguno en caso de conflicto armado del objetivo militar en cuestión, puede otorgarse la Protección Especial al bien cultural.

La Protección Especial solamente puede concederse a los Bienes que estén inscritos en el Registro Internacional de los Bienes Culturales bajo Protección Especial, por lo que este registro presenta el carácter constitutivo de dicha protección que le otorga la Convención de La Haya de 1954.

Se necesita también de otras medidas nacionales de aplicación para garantizar la salvaguardia y el respeto de los bienes culturales que tendrían que normarse en la Legislación Modelo, siendo estas:

a) Las medidas relativas a la Identificación y a los Inventarios. La Identificación consiste en la decisión que toma una Autoridad Nacional de considerar un objeto, un edificio o un sitio como un Bien Cultural digno de protección y el Inventario, consiste en elaborar la lista de todos los bienes protegidos y ponerla a disposición de las entidades responsables de su protección, es decir, las autoridades civiles, militares, las organizaciones especializadas y otras instituciones interesadas. La práctica estatal en cuanto a la señalización o identificación de los bienes culturales no ha tenido mucho éxito, lo que podría regularse en la Legislación Modelo.

b) Las medidas referentes al Signo Distintivo ya que tanto los Bienes Culturales bajo protección general o protección especial se señalan mediante un signo distintivo para cada uno de ellos.

c) Las medidas que se refieren a la Tarjeta de Identidad, ya que las personas encargadas de la protección de los bienes culturales llevan una tarjeta de identidad provista del signo distintivo respectivo, o sea que el bien cultural sea de protección general o de protección especial, en la que además debe incorporarse los nombres y apellidos, la fecha de nacimiento, el título o grado y la función de la persona, una fotografía del titular, su firma, sus huellas digitales y el sello en seco de las autoridades competen-

tes. En la Legislación Modelo podría homologarse para todos los Estados del Hemisferio esta Tarjeta de Identidad.

d) Las Medidas conducentes al Registro Internacional de los Bienes Culturales bajo Protección Especial, así tenemos que los refugios, los centros de monumentos y otros bienes inmuebles bajo protección especial deben inscribirse en este Registro que lleva el Director General de la UNESCO. Para tal efecto la Autoridad Nacional debe indicar la localización del bien y Certificar que reúne los criterios establecidos para beneficiarse de tal protección.

e) Las Medidas relativas a la Difusión, de tal suerte que es necesaria la traducción de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y de sus Protocolos Adicionales y de su Reglamento de aplicación. Difusión que debe hacerse en los cuatro idiomas oficiales dicha Convención, es decir, en inglés, francés, español y ruso, con el objeto que los principios contenidos en los mismos sean conocidos por el conjunto de la población. Estas medidas tampoco han sido cumplidas con las mayores expectativas a nivel estatal, aunque se están haciendo importantes esfuerzos para dar cumplimiento a esta obligación de difusión y de enseñanza.

f) En cuanto a las medidas relativas a las Sanciones Penales, estas son necesarias para que se respeten las normas contenidas en estos Instrumentos y que se reprima su violación, en este sentido, serán las legislaciones penales nacionales las que castiguen con sanciones penales o disciplinarias su infracción, estas medidas también sería conveniente que se incluyeran en la Legislación Modelo.

Para controlar la efectividad del cumplimiento de las disposiciones de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, el artículo 26 inciso segundo de la misma dispone:

Que las Altas Partes Contratantes se comunicarán por conducto del Director General..., por lo menos una vez cada cuatro años, Informes en los que figuren los datos que estimen oportunos sobre las medidas tomadas, preparadas o estudiadas por sus respectivas administraciones para el cumplimiento de la presente Convención y del Reglamento para la aplicación de la misma.

Estableciendo de esta manera de un mecanismo de control internacional de cumplimiento por parte de los Estados basado en el sistema de enviar

informes, a pesar de esto, la práctica estatal tampoco ha tenido mucho éxito en la presentación de estos Informes, y no siempre se han ajustado a una exposición rigurosa de las medidas tomadas en cumplimiento de cada una de las disposiciones de la Convención de La Haya de 1954, quizás fuese necesario la creación de un órgano de control y de supervisión de estos informes, este es otro punto que la Legislación Modelo pudiese desarrollar.

Tomando en cuenta que el Protocolo Adicional de 1999 a la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, establece medidas para mejorar su aplicación y eficacia, así como una serie de innovaciones que refuerzan la protección a dichos bienes, como el que su ámbito de aplicación es a conflictos armados tanto internacionales como no internacionales, ya que la mayoría de los conflictos actualmente son de carácter no internacional y en los que se hace necesario la protección de los bienes culturales. En este sentido, este Protocolo de 1999 prescribe mejores orientaciones respecto a las medidas de salvaguardia que los Estados deben tomar en tiempo de paz contra los efectos devastadores de futuras hostilidades en los Estados.

En razón de lo anterior, es que los Estados deben tomar medidas preventivas en tiempo de paz como serían: la preparación de inventarios; la planificación de medidas de emergencia; la preparación para un eventual traslado de los bienes culturales; la difusión de todas estas medidas; la designación de las autoridades competentes que se responsabilicen de las medidas de salvaguardia de estos bienes, entre otras. Esta labor preventiva podría también ser desarrollada en la legislación modelo.

Como parte del Sistema de Protección Reforzada establecida en el Protocolo Adicional de 1999 a la Convención de La Haya de 1954, se encuentra la obligación de respeto de los bienes culturales bajo esta protección y que estos bienes deben de ser inscritos en la nueva Lista de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada, debiendo cumplir con los siguientes requisitos: a) Que sea un patrimonio cultural de mayor importancia para la Humanidad; b) Que este protegido por medidas nacionales adecuadas, jurídicas y administrativas, que reconozcan su valor cultural e histórico excepcional y garanticen su protección en el más alto grado; c) Que no sea utilizado con fines militares, y que haya sido objeto de una declaración de la Parte que lo controla en la que se confirme que no se utilizará para esos fines. La utilización con fines militares de un bien incluido en esta Lista equivaldría a una grave violación a este Protocolo y el Estado infractor estaría sujeto a la sanción correspondiente, situación que también podría normarse en la legislación modelo.

Tomando en cuenta todos estos Instrumentos Internacionales de Derecho Internacional Humanitario referentes a la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, los cuales establecen una serie de medidas de protección y de salvaguardia, algunas de ellas preventivas para ser tomadas en tiempo de paz y que el Protocolo de 1999 a la Convención de La Haya de 1954 establece además un sistema de protección reforzada, y que el resultado de la práctica estatal para el cumplimiento de estas obligaciones no ha sido del todo satisfactorio. Sería conveniente la implementación de estas principales obligaciones en una legislación modelo para que los países cumplan de mejor manera las obligaciones derivadas de estos Instrumentos, particularmente en los puntos en los que se ha hecho referencia.

Fuese conveniente analizar con mayor profundidad si la obligación de protección que tienen los Estados con los bienes culturales puede ir más allá de un conflicto armado, es decir, si la obligación de esta protección alcanza otras situaciones de violencia que no son precisamente un conflicto armado sea este con carácter internacional o no internacional, ya que estas situaciones de violencia están afectando actualmente muchos Estados del Continente americano, las cuales sobrepasan los actos esporádicos y aislados de violencia.

Es tan importante esta temática de la protección de los bienes culturales en situaciones de conflicto armado para los Estados del Continente, que en el año 2011 tuvo lugar en El Salvador, el "Seminario Regional de Comisiones Nacionales de Derecho Internacional Humanitario sobre la Protección de Bienes Culturales en Situaciones de Conflicto Armado", el cual se llevó a cabo los días 1 y 2 de diciembre de 2011, con la participación del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

Con los elementos anteriormente mencionados derivados tanto de los Instrumentos de Derecho Internacional Humanitario, así como de los instrumentos de esta materia que regulan específicamente la protección de los bienes culturales en conflicto armado, se encuentran obligaciones y situaciones que pueden ser desarrolladas en una legislación modelo, la cual perfectamente pudiera apoyarse en las opiniones del Comité Internacional para la Cruz Roja (CICR), en la UNESCO y en otras Organizaciones Internacionales afines en la materia.

Por la importancia de esta temática, el Comité Jurídico Interamericano ha elaborado un Proyecto de Ley Modelo sobre Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, para los Estados del Sistema Interamericano, la cual en estos momentos se encuentra en revisión de los mismos.

V. CONCLUSION

Es conveniente, que la Comunidad Internacional tenga un mayor interés en la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, especialmente por la cantidad de conflictos armados tanto de carácter internacional como no internacional, que se han proliferado en el mundo y que han destruido cantidad de bienes culturales.

Es necesario una mayor protección que podría concretarse en una legislación modelo universal, a ser adoptada por los Estados con el objeto de que estos pueden cumplir en una forma más eficiente la normativa sobre la materia y tener preparado ante todo una labor de prevención por parte de las autoridades correspondientes.

Tomar nota del Proyecto de Legislación Modelo sobre Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, preparado por el Comité Jurídico Interamericano, para que puede servir de base para la elaboración de la legislación modelo universal.

COMUNICACIONES DEL XXVIII CONGRESO

UNA NUEVA DÉCADA DE CONSULTAS DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

(De México/2004 a Brasilia/2014)

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE (Brasil)*

Miembro del IHLADI

I.- INTRODUCCIÓN

Una nueva década ha transcurrido, desde las anteriores Consultas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), y, a pesar de todos los avances realizados de Cartagena/1984 a San José/ 1994 y a México/2004¹, nuevos desafíos han surgido, de México/2004 a Brasilia/2014, a requerir nuevas respuestas para atender a las nuevas necesidades de protección de los seres humanos, particularmente los que se encuentran en nuevas situaciones de vulnerabilidad o indefensión. Dichas situaciones y necesidades han sido identificadas en las nuevas Consultas del ACNUR a lo largo de 2014, una vez más revelando que la labor de protección internacional de los derechos de la persona humana, como en el mito de Sísifo, no tiene fin. Este trabajo de actualización, - en el marco del proceso histórico de la humanización del Derecho Internacional, - que constituyó el proceso de Consultas de 2014, culminó en la Conferencia Interministerial de Brasilia, de 02-03 de diciembre de 2014.

Dicha labor de actualización encuéntrase condensada en tres discursos que tuve el honor de proferir, en tres momentos de las Consultas del ACNUR de

* Juez de la Corte Internacional de Justicia (La Haya); Ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasilia, Brasil; Miembro Titular del Curatorium de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, y del Institut de Droit International.

1. Para un estudio, cf. A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones y Convergencias Revisitadas: Diez Años de Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/199 y México/2004)", in *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, San José de Costa Rica/México, ACNUR, 2005, pp. 139-191.

2014, a saber: 1) en la Reunión del Grupo Latinoamericano y Caribeño (GRULAC), en la ONU/ACNUR en Ginebra, el 03 de noviembre de 2014, sobre la relevancia de las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario, en el contexto regional actual; 2) nuevamente en la Reunión del GRULAC, en la ONU/ACNUR en Ginebra, el 14 de noviembre de 2014, sobre las situaciones de vulnerabilidad de la persona humana a requerir su protección; y 3) en la Conferencia Interministerial de Brasilia, el 02 de diciembre de 2014, un día antes de la adopción de la Declaración y el Plan de Acción de Brasil, sobre las Consultas del ACNUR de 2014 y sus resultados. Reproduzco, a continuación, estos tres discursos, para, en seguida, presentar mis breves observaciones finales sobre la materia.

II. LA RELEVANCIA DE LAS CONVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, EN EL CONTEXTO REGIONAL ACTUAL

Guardo un grato recuerdo de la anterior reunión con el GRULAC, el 13 de febrero pasado, aquí en el ACNUR en Ginebra, que abrió el actual proceso de Consultas de la tercera década desde la adopción de la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados* (1984), a culminar, dentro de un mes, en la Conferencia interministerial en Brasilia. Con satisfacción comparezco a esta nueva reunión con el GRULAC, el día de hoy, 03 de noviembre de 2014, otra vez aquí en el ACNUR en Ginebra, para compartir algunas reflexiones con todos los presentes, en relación específicamente con el actual Proyecto de Declaración de Brasilia, en lo que concierne al tema que me ha sido confiado, a saber, el de la “*Relevancia de las Convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario, en el Actual Contexto Regional*”.

Quisiera empezar con una importante observación: a lo largo de todo el proceso de Consultas del ACNUR, iniciado con la Declaración de la primera década (1994) después de la Declaración de Cartagena, estuvo presente el *reconocimiento expreso* de la relevancia de aquellas convergencias, para asegurar la protección más eficaz de los derechos de la persona humana, en las más distintas circunstancias. Así, la *Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas* (1994) alaba y enfatiza expresamente,

tanto en sus consideraciones preambulares (10ª) como en sus conclusiones (3ª) el carácter complementario y las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH), con el propósito de “proporcionar un marco común” para asegurar la protección eficaz de los derechos de la persona humana.

De igual modo, la *Declaración de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina* (2004) también reconoció expresamente el carácter complementario de las referidas tres vertientes convergentes para asegurar y fortalecer la protección de los que de ésta necesitan, a la luz del principio *pro persona humana* (6º párrafo preambular). Teniendo esto presente, me parece necesario, por las razones adicionales que pasaré a exponer, que, en el Proyecto de la Declaración de Brasilia (2014), figure igualmente un reconocimiento expreso a la relevancia de las convergencias entre el DIDH, el DIR y el DIH. Un párrafo adicional (preambular), en este sentido, podría tener la siguiente redacción:

“Enfatizando las convergencias y el carácter complementario del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional de los Refugiados, y del Derecho Internacional Humanitario, de modo a proporcionar un marco jurídico común para fortalecer la protección, a la luz del principio *pro persona humana*, de los refugiados y de otras personas que de ella necesitan, en razón de las circunstancias de vulnerabilidad en que se encuentren”.

En efecto, las convergencias entre el DIDH, el DIR y el DIH han marcado presencia en las tres Consultas sucesivas del ACNUR, - las de 1994, de 2004, y de 2014. De inicio, se reconoce que el desplazamiento transfronterizo forzado puede resultar de conflictos o tensiones o disturbios internos, entre otras causas. Se busca el otorgamiento de *visas humanitarias* para personas que no necesariamente califican como refugiados. Se busca la aplicación efectiva de los altos estándares del debido proceso legal establecidos en la *jurisprudencia constante* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [CtIADH] (reunión subregional del Mercosur, 18-19.03.2014). Se caracteriza como “buena práctica” la de la movilidad humana, como forma de protección, a la par de otras (como la residencia permanente y la naturalización) (reunión subregional andina, 09-10.06.2014).

Se centran las atenciones en los grupos vulnerables, y los distintos grados de vulnerabilidad, inclusive en circunstancias extremas, como en relación con niños, niñas y adolescentes no acompañados (reunión subregional de Mesoamérica, 10-11.07.2014). Es alentador que el actual Proyecto de

Declaración de Brasilia (2014) ya reconozca expresamente, para efectos de la protección debida, la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentran las personas y grupos que tanto necesitan de protección (párrs. 7, 16, 19, 43 y 47). El referido Proyecto de Declaración también ya resalta, correctamente, la posición central de la persona humana, y la importancia del espíritu de solidaridad, en las presentes Consultas del ACNUR.

Se reconoce la necesidad de intensificar la cooperación internacional entre países de origen, de tránsito y de destino de los migrantes (reunión subregional caribeña, 10-11.09.2014). En todas estas situaciones, identificadas a lo largo de las actuales Consultas del ACNUR, a culminar en la próxima Conferencia Interministerial de Brasilia, programada para 23 de diciembre de 2014, inciden las convergencias entre el DIDH, el DIR y el DIH, para proporcionar la protección eficaz a los que de ella necesitan, en razón de su vulnerabilidad. Estas tres vertientes están siempre presentes para atender a los imperativos de protección. No hay, a mi juicio, espacio para la invocación de una supuesta *lex specialis*, que inviabilice su aplicación concomitante, siempre que necesaria.

Permítome, al respecto, ir aún más adelante: las tres citadas vertientes del derecho internacional para la protección de la persona humana (a saber, el DIDH, el DIR y el DIH), en convergencia en los planos normativo, hermenéutico y operacional, no excluyen la posibilidad de otras ramas del derecho internacional puedan también convergir con ellas, con el mismo propósito. Por ejemplo, en la más reciente reunión subregional del Caribe, se ha señalado la relevancia de las operaciones de búsqueda, salvamiento y recuperación, bajo la Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar (UNCLOS) y otros tratados. Ésta ha sido la primera vez, a lo largo de las Consultas del ACNUR de las tres últimas décadas, en que se invocaron la UNCLOS y otros tratados de Derecho del Mar, en relación con la protección internacional de la persona humana como migrante. Esto revela, en mi percepción, la *unidad del derecho*, y la posibilidad de convergencias más amplias para asegurar la protección de la persona humana, en particular cuando circundada por circunstancias de la mayor vulnerabilidad.

En efecto, los problemas encontrados han variado a cada década, pero lo que encuéntrase siempre presente es la vulnerabilidad de la persona humana, en circunstancias constantemente cambiantes y distintas. Como los hechos parecen siempre anticiparse a las normas legales, tenemos que tener siempre en mente los imperativos de la justicia. Para cumplirlos, tenemos que mantener constantemente en mente que las Convenciones de DIDH, de DIR y de DIH caminan juntas, - en los planos normativo, hermenéutico y operacional.

El propio ACNUR lo ha reconocido, en diversas ocasiones. Y esto se aplica en distintas fases de su labor; por ejemplo, para invocar tan sólo una, en la fase específica de *determinación del status de refugiado*, el ACNUR ha constantemente subrayado la necesidad de asegurar el acceso a la justicia abarcando las garantías del debido proceso legal, como afirmado y construido en la *jurisprudencia constante* de la CtIADH (bajo los artículos 25 y 8, conjuntamente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Para mejor comprender la cuestión, hay que ser ésta abordada en su dimensión temporal.

Así, media década después de la adopción de la *Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas* (1994), la CtIADH emitió su Opinión Consultiva n. 16, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), verdaderamente pionera, que ha venido ejerciendo considerable influencia en la jurisprudencia internacional, inclusive de la propia Corte Internacional de Justicia. La CtIADH procedió a la *humanización* del Derecho Consular, mediante una relectura e interpretación evolutiva del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963), y vinculando el referido derecho a la información sobre asistencia consular al derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, abarcando las garantías del debido proceso legal. Aquí se dio la convergencia ampliada, de las anteriormente mencionadas tres vertientes de protección de la persona humana con el propio Derecho Consular.

La etapa siguiente tuvo lugar en vísperas de la adopción de la *Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina* (2004), cuando la CtIADH emitió su Opinión Consultiva n. 18, sobre la *Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Dicha Opinión Consultiva tuvo un considerable impacto, no sólo en nuestra región como en otras partes del mundo, como tuve ocasión de señalar en mi conferencia de apertura de la sesión anual de estudios de 2007 del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Instituto René Cassin) en Estrasburgo. La CtIADH centró su análisis en el principio fundamental de la igualdad y no discriminación, que prohíbe la invocación de cualquier tratamiento discriminatorio en detrimento de cualquier persona, inclusive migrantes indocumentados. La CtIADH se tornó el primer tribunal internacional contemporáneo a afirmar que el principio básico de la igualdad y no discriminación hoy pertenece al dominio del *jus cogens*.

Desde las Opiniones Consultivas ns. 16 y 18 de la CtIADH (*supra*), algo extraordinario ocurrió en nuestra región: a la luz de dichas Opiniones Consultivas, varios Estados de nuestra región pasaron a actualizar sus *Guías*

o *Manuales Consulares*, a fin de proporcionar asistencia consular más eficaz; hubo los que crearon *consulados itinerantes*, o que pasaron a acompañar el contencioso ante tribunales extranjeros (para asegurar el derecho a la información sobre la asistencia consular); también hubo los que crearon nuevos órganos nacionales de coordinación del ejercicio de la asistencia y protección consulares. Me permito traer a colación este desarrollo, teniendo presente el aporte, e.g., de la reunión subregional del Mercosur (*supra*) en las presentas Consultas del ACNUR.

No llegamos, sin embargo, al final de este desarrollo; han surgido nuevas necesidades de protección. En la misma línea de pensamiento de las mencionadas Opiniones Consultivas ns. 16 y 18 de la CtIADH, viene ésta de adoptar la Opinión Consultiva n. 21, sobre los *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional* (2014). La contribución de la *jurisprudence constante* de la CtIADH ha sido reconocida por la doctrina jurídica contemporánea (a partir de la Opinión Consultiva n. 16): la persona humana ha asumido, también en el presente contexto, posición central en el ordenamiento jurídico internacional, en el marco general del nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos.

Las insuficiencias del *corpus juris* de protección han generado iniciativas, en nuestra región, para dar respuestas apropiadas a nuevas necesidades de protección en situaciones originalmente no previstas, como las de desplazamientos internos, de migrantes indocumentados, de desarraigo en general. Han sido ellas tomadas en cuenta para enfrentar el agravamiento del problema de los flujos migratorios forzados. Con este propósito, la *Declaración y el Plan de Acción de México* (2004) había reafirmado expresamente las convergencias, - a niveles normativo, hermenéutico y operacional, - del DIDH, el DIR y el DIH, ya consagradas expresamente en la *Declaración de San José de Costa Rica* (1994). Trátase de una posición principista, que, en mi entender, debe ahora ser reiterada en la *Declaración y Plan de Acción de Brasilia* (2014).

De este modo, nuestra región ha, una vez más, asumido una posición de vanguardia en el presente dominio de protección internacional de los derechos de la persona humana, entendida ésta como sujeto del derecho de gentes (*droit des gens*). Además, nuestra región ha impulsado, con las providencias supracitadas, el proceso de *formación* de una nueva rama del derecho internacional contemporáneo, el *Derecho Internacional de las Migraciones*. Pero este proceso de su formación se encuentra, todavía, en sus primordios: aún resta un largo camino a recorrer.

Ha habido otras iniciativas recientes apuntando en la misma dirección. Por ejemplo, al inicio de este año, la *Declaración de la II Cumbre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños* (CELAC) (reunida en La Habana, Cuba, en fines de enero de 2014), hizo un llamado - en lenguaje reminiscente de la Opinión Consultiva n. 18 (2003) de la CtIADH, - a la erradicación de la discriminación de las desigualdades y de la marginación social, que son “violaciones de los derechos humanos y transgresiones del Estado de Derecho” (párr. 1). La referida Declaración de la CELAC afirmó su compromiso en “continuar a consolidar sólidos principios regionales en materia de reconocimiento de los derechos de los migrantes, así como profundizar la coordinación de políticas migratorias regionales y de posiciones comunes en las negociaciones globales e inter regionales sobre migraciones, y, en especial, en la formación del debate internacional sobre el nexo entre la migración, el desarrollo y los derechos humanos” (párr. 26).

En conclusión, en las presentes Consultas del ACNUR, debemos mantenernos conscientes de que provenimos de una región - América Latina y Caribe - que ha asumido posiciones de vanguardia en diversos dominios del Derecho Internacional. Esto es hoy día internacionalmente reconocido. En el curso de estas Consultas del ACNUR, ahora en su tercera década, estoy confiante en que sabremos mantenernos, fieles a nuestra mejor doctrina jusinternacionalista, a la altura de los nuevos desafíos que hoy enfrentamos en nuestra parte del mundo, en el marco de la universalidad de los derechos humanos.

Nuestro ejercicio no es estatocéntrico; está centrado, más bien, en la persona humana, y en el atendimento de sus necesidades básicas de protección. Para este propósito, que corresponde a los fines humanos del Estado, es de capital importancia tener presentes las convergencias entre las tres vertientes de protección de la persona humana, a saber: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario. Mi recomendación al GRULAC es, pues, que pase a constar del Proyecto de Declaración de Brasilia (2014) un reconocimiento expreso en este sentido (en los términos que vengo de proponer), tal como ocurrió con las Declaraciones de San José (1994) y de México (2004), para fortalecer la protección de la persona humana en distintas y cambiantes circunstancias.

III. REFLEXIONES ACERCA DE LAS SITUACIONES DE VULNERABILIDAD DE LA PERSONA HUMANA A REQUERIR SU PROTECCIÓN

El actual proceso de Consultas del ACNUR constituye un elemento adicional a demostrar que, en nuestros días, encuéntrase enteramente superada la visión estrictamente inter-estatal del ordenamiento jurídico internacional, con el reconocimiento general de la presencia en el mismo de la persona humana, y de su acceso a la justicia, a niveles tanto nacional como internacional. A la persona humana ha sido restituida la posición central que hoy ocupa en el derecho de gentes, de que da testimonio el ejercicio que hoy, 14 de noviembre de 2014, nos congrega no en este acto tan significativo en esta reunión del GRULAC, en Naciones Unidas/ACNUR aquí en Ginebra, - al cual comparezco en representación del equipo de los tres Expertos Jurídicos del ACNUR en sus actuales Consultas conducentes a la Conferencia Interministerial de Brasilia de 02-03 de diciembre de 2014.

El hecho de que tantos individuos hayan, en nuestros días, logrado alcanzar la jurisdicción internacional en la vindicación o defensa de sus derechos, en medio a circunstancias de la más aguda adversidad o vulnerabilidad, es señal de los nuevos tiempos, revelador del nuevo paradigma del derecho internacional *humanizado*, el nuevo *jus gentium*, sensible y atento a las necesidades de protección de la persona humana en cualesquiera circunstancias². Sin embargo, hay tantos otros individuos que siguen padeciendo en situaciones de extrema vulnerabilidad, en medio a necesidades agudas y apremiantes de protección.

Hace casi dos semanas, en otra reunión del GRULAC como la presente, me permití destacar las proyecciones de este proceso de *humanización* del derecho internacional, que se han hecho sentir en las tres vertientes, *convergentes*, de protección internacional de los derechos de la persona humana, a saber, el DIDH, el DIR, y el DIH³. Es cierto que, en nuestra parte del mundo,

2. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 7-9, 17, 26-30, 57-61, 81-99, 116-117 y 145-149, y cf. pp. 3-184; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 1ª. ed., Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409 (agotado); A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185.

3. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, 1ª. ed., Ginebra, CICV, [2000], pp. 1-66 (agotado).

se han logrado muchos avances, a lo largo de las tres últimas décadas (1984-2014), pero han surgido nuevas necesidades de protección.

La jurisprudencia de la CIADH se ha construido, en los últimos años, extendiendo protección a migrantes indocumentados o desarraigados, "niños en la calle" o abandonados, entre otras personas afectadas, individualmente o en grupos o comunidades, por tipos distintos de marginación o exclusión social, - victimados en situaciones de conflicto armado o desplazados forzadamente, e inclusive familiares de víctimas de masacres⁴. Sin embargo, a lo largo de la última década (2004-2014), han surgido, como lo vienen de revelar las Consultas de este año del ACNUR en América Latina y el Caribe (2014), nuevas situaciones de la más aguda vulnerabilidad de los seres humanos, que hoy día requieren nuevas respuestas para asegurar su efectiva protección. De ahí la considerable importancia del presente ejercicio que aquí nos congrega, en un momento tan significativo para todos nosotros: el de la conclusión del proceso de redacción del Proyecto de *Declaración y Plan de Acción de Brasilia para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina* (2014).

En el actual proceso de Consultas del ACNUR, las cuatro reuniones subregionales realizadas durante este año (a saber, las del Mercosur, 18-19.03.2014; de la subregión andina, 09-10.06.2014; de Mesoamérica, 10-11.07.2014; y del Caribe, 10-11.09.2014) nos han permitido actualizarnos e identificar los nuevos desafíos, - que revisamos en nuestra anterior reunión del GRULAC del 03.11.2014, aquí en Ginebra. Hay que tener presente, en una dimensión temporal, que la *protección de los vulnerables* ha constituido el gran legado de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993)⁵ de Naciones Unidas.

Pero a pesar de toda la atención que los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas se han venido dedicando a esta causa, todavía falta una conceptualización adecuada de vulnerabilidad, inclusive con criterios para identificar personas o grupos de personas en

4. Cf. A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, cap. X, pp. 179-191; A.A. Cançado Trindade, "Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte", 70 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2010) pp. 629-699.

5. Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos* (1993-2013), Fortaleza, IBDH/IIDH/SLADI, 2014, pp. 13-363.

situación de vulnerabilidad⁶, para los efectos de su protección eficaz. A esto se agrega el hecho de que, en determinadas situaciones, dicha vulnerabilidad se ha configurado en medio a la descomposición del poder público, incapaz de prestar un mínimo de protección a las referidas víctimas, en un contexto más amplio de descomposición del propio tejido social.

En este contexto sumamente preocupante, asume particular relevancia la observancia del *principio básico de la igualdad y no-discriminación*, frecuentemente proclamado pero insuficientemente estudiado hasta el presente. Se entiende por discriminación una distinción arbitraria o injustificable (sin justificación alguna), y por lo tanto inadmisibles. Su prohibición se da en relación con el ejercicio de todos los derechos consagrados como inherentes a la persona humana, en razón del *principio fundamental de la igualdad y no-discriminación*⁷. La violación de la prohibición de todo tipo de discriminación acarrea violación de los propios derechos humanos protegidos, con todas sus consecuencias jurídicas. La insuficiente atención dedicada por la doctrina jurídica hasta el presente, al principio básico de la igualdad y no-discriminación, está lejos de guardar proporción con la fundamental importancia de dicho principio, tanto en la teoría como en la práctica del derecho.

Igualdad y no-discriminación han pasado a ser invocadas en relación con individuos y grupos de individuos en situación de vulnerabilidad, o en relación con ellos o en su nombre, en las más variadas circunstancias. Desde mediados de la década de los noventa hasta el presente (1994-2014), las atenciones se han concentrado en los desafíos de la condición de personas afectadas tanto por tensiones y disturbios internos como por el empobrecimiento y la pobreza crónica, en las migraciones como indocumentados⁸ (en particular las niñas y niños no acompañados y las mujeres), y en las víctimas de la trata de personas. Los victimados son sometidos a condiciones infra-humanas de vida, cuando sobreviven.

6. Cf. A.R. Chapman and B. Carbonetti, "Human Rights Protection for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contribution of the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights", 33 *Human Rights Quarterly* (2001) pp. 682-732.

7. Para un estudio reciente, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Principio Básico de Igualdad y No-Discriminación: Construcción Jurisprudencial*, 1ª ed., Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2013, pp. 39-748.

8. Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, "Le déracinement et la protection des migrants dans le Droit international des droits de l'homme", 19 *Revue trimestrielle des droits de l'homme - Bruxelles* (2008) n. 74, pp. 289-328; L. Ortiz Ahlf, *Derechos Humanos de los Indocumentados*, México D.F., ELD/Tirant lo Blanch, 2013, pp. 11-136.

El ciclo de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas⁹, que se extendió por toda la década de los noventa hasta el inicio de la década pasada, vino significativamente presentar un denominador común, a dar cohesión a los documentos finales por ellas adoptados, - denominador éste que fue afirmado de forma contundente por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos: el reconocimiento de la *legitimidad de la preocupación de la comunidad internacional como un todo con las condiciones de vida de la población en todas partes*¹⁰. El referido conclave mundial buscó examinar los medios de asegurar la indivisibilidad de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) *en la práctica*, con atención especial a las personas discriminadas o desfavorecidas, a los grupos vulnerables, a los pobres y los socialmente marginados o excluidos, - en suma, a los más necesitados de protección¹¹, - y con vistas a asegurarles las condiciones de una vida digna.

Este ciclo de Conferencias Mundiales, en el plano global, sumado a las tres décadas de Consultas del ACNUR (1984-2014), en nuestro plano regional, han mucho contribuido al reconocimiento de la *centralidad* de las víctimas en el presente dominio de protección, inclusive - y sobre todo - de las que padecen de vulnerabilidad, en medio a circunstancias particularmente *aggravantes*. Sólo podremos buscar *soluciones duraderas* mediante una acción colectiva, movida por la solidaridad humana. Son aquí necesarios esfuerzos a través de una concertación de Estados y entidades de la sociedad civil, congregados en una causa común, para asegurar la salvaguardia de los derechos básicos de los migrantes y sus familiares, en todas circunstancias.

Se reconoce en nuestros días que, face al fenómeno de los flujos migratorios forzados, es la responsabilidad de la comunidad internacional como un

9. Conferencias Mundiales sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 1992; sobre Derechos Humanos, Viena, 1993; sobre Población y Desarrollo, Cairo, 1994; sobre Desarrollo Social, Copenhague, 1995; sobre Derechos de la Mujer, Beijing, 1995; sobre Asentamientos Humanos - Habitat-II, Istanbul, 1996; y Conferencia Mundial contra el Racismo, Durban/África del Sur, 2001.

10. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª ed., Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, caps. III-VII, pp. 165-338; y cf. A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", in *Japan and International Law - Past, Present and Future* (Symposium of the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309.

11. A.A. Cançado Trindade, "Nouvelles réflexions sur l'interdépendence ou l'indivisibilité de tous les droits de l'homme, une décennie après la Conférence Mondiale de Vienne", in *El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores - Liber Amicorum J.A. Pastor Ridruejo* (eds. L. Caflisch et alii), Madrid, Universidad Complutense, 2005, pp. 59-73.

todo que se encuentra cuestión, para defender el derecho humano de vivir con dignidad, y la propia sobrevivencia de las víctimas reales y potenciales. La cuestión como un todo resalta los imperativos de justicia social a nivel universal. Un papel importante está reservado a las políticas públicas así como a la movilización de las entidades de la sociedad civil para reducir su sufrimiento y mejorar sus condiciones de vida.

Significativamente, en las tres décadas de Consultas del ACNUR en nuestra parte del mundo, es esta la primera vez que nuestra comunidad de naciones, como un todo, abarcando tanto la América Latina como el Caribe (a partir de la memorable reunión en la Isla de Grand Cayman Island, realizada los 10-11.09.2014), han asumido conjuntamente esta causa humanitaria. Esta iniciativa encuéntrase en línea con la larga contribución de nuestra región a la corriente doctrinal más lúcida en el derecho internacional moderno, como evidenciado, sucesivamente, en la II Conferencia de Paz de la Haya (1907); en la creación (en 1907) del primer tribunal internacional permanente en el mundo, la Corte Centroamericana de Justicia; en la concertación, durante décadas, de las antiguas Conferencias Internacionales de Estados Americanos, de las cuales emergieron algunas Convenciones históricas, tales como, *inter alia*, la Convención sobre el Asilo (La Habana, 1928), la Convención sobre el Asilo Político (Montevideo, 1933), y las Convenciones sobre el Asilo Político y Territorial (Caracas, 1954), sin paralelo en otras regiones del mundo; en la adopción, en 1948, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, un semestre antes de la adopción por la Asamblea General de Naciones Unidas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El derecho de acceso a la justicia (artículo 8 de la Declaración Universal) fue una contribución de las más significativas de nuestra región a la Declaración Universal como un todo. Y los ejemplos, del pionerismo de nuestros países en el dominio de la protección internacional de los derechos de la persona humana, se multiplican. Las tres décadas de las Consultas del ACNUR, subsiguientes a la Declaración de Cartagena (1984), de las cuales han emanado las Declaraciones de San José (1994) y de México (2004), y ahora el Proyecto de la Declaración de Brasilia (2014), son otra manifestación en el mismo sentido. No hay otra región del mundo que haya procedido del mismo modo; es esto un patrimonio jurídico de los países y pueblos de nuestra región¹².

12. Para un estudio reciente, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, 2ª. ed., Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2012, pp. 79-574.

En todo el proceso de este ejercicio humanitario de tres décadas, el derecho de la persona humana de acceso *lato sensu* a la justicia, en los planos nacional e internacional, ha significativamente marcado presencia. En todo este proceso se han buscado y encontrado nuevas respuestas a nuevas necesidades de protección del ser humano, a saber: “ciudades y fronteras solidarias”, visas humanitarias, mejora en los procedimientos de asilo y de determinación de la condición de refugiados, movilidad laboral, repatriación voluntaria y “reasantamiento solidario”.

En lo que concierne a las Consultas de este año de 2014, es gratificante que nos sintamos responsables por el Proyecto de Declaración y Plan de Acción de Brasilia. Hemos alcanzado, juntos, el compromiso, de toda nuestra región, de erradicar la apatridia, y de fortalecer la protección de los vulnerables (inclusive las víctimas de actores no-estatales, y de grupos criminales), en todas y cualesquiera circunstancias. El actual proceso de Consultas ha contado, por primera vez, con los aportes de los Estados de toda la región (América Latina así como el Caribe), y de los representantes de la sociedad civil, con el más alto grado de participación, y de compromiso con su seguimiento.

Es gratificante que la Providencia nos haya reservado el privilegio de participar de este proceso de Consultas de 2014, marcante en las vidas profesionales de todos nosotros, con resultados ciertamente benéficos para tantas personas vulnerables que no conocemos, que tanto necesitan de protección. Al fin y al cabo, es este un ejercicio del cual jamás nos olvidaremos. Difícilmente podría haber algo más gratificante que el sentimiento del empeño desplegado en dejar para las nuevas generaciones un mundo quizás mejor que el que nos fue legado.

IV. UNA NUEVA DÉCADA (2004-2014): LAS CONSULTAS DEL ACNUR DE 2014 Y SU RESULTADO, LA DECLARACIÓN Y EL PLAN DE ACCIÓN DE BRASIL

Las Consultas del ACNUR, iniciadas en febrero de este año y que ahora alcanzan su punto culminante, en esta Conferencia Interministerial de Brasilia (02-03.12.2014), han buscado extraer las lecciones acumuladas desde la adopción de la Declaración y Plan de Acción de México de 2004, para identificar los nuevos retos humanitarios que hoy enfrentamos y divisar respuestas a nuevas necesidades de protección de los seres humanos afectados, como sujetos de derechos y de protección internacional. Las Consultas de 2014, particularmente densas, han contado con cuatro reuniones subregio-

nales, a saber: la del Mercosur (18-19.03.2014), la andina (09-10.06.2014), la de Mesoamérica (10-11.07.2014), y la del Caribe (10-11.09.2014). Han, además, contado con un proceso adicional de consultas en el marco del Grupo Latinoamericano y del Caribe (GRULAC), realizado en el ACNUR en Ginebra: fue éste iniciado el 13.02.2014, evaluado el 03.11.2014, y concluido el 14.11.2014.

Las Consultas de 2014 han propiciado un amplio diálogo, con espíritu constructivo, que congregó representantes gubernamentales de más de 30 países de la región (América Latina y el Caribe), además de países observadores, de más de 150 entidades de la sociedad civil, los defensores del pueblo (ombudspersons), y representantes de los principales organismos internacionales competentes en la materia. Las Consultas de 2014 han sido las de mayor participación pública de las tres últimas décadas, - y he tenido el privilegio de participar de todas ellas como Consultor Jurídico *ad honorem* del ACNUR, - a las cuales, por primera vez, se han sumado, a los países latinoamericanos, los países del Caribe como un todo.

Es necesario evaluar las Consultas de 2014 en perspectiva histórica, teniendo en mente las Consultas de las dos décadas anteriores, de San José de Costa Rica de 1994 y de México de 2004, para bien apreciar la ampliación del derecho aplicable. La evolución del Derecho, en el presente dominio de salvaguardia de los derechos de la persona humana, debe ser examinada bajo la óptica de las nuevas respuestas a las necesidades cambiantes de protección; la centralidad es de la persona humana. Cada Declaración, resultante de las Consultas anteriores del ACNUR, es fruto de un determinado momento histórico. Pero todas ellas, inclusive la que estamos listos a adoptar en la presente Conferencia Interministerial de Brasilia, enmarca la temática de los refugiados, desplazados y migrantes, en el contexto más amplio y el universo conceptual de la observancia de los derechos humanos en todas las circunstancias. De San José/1994 a México/2004 y a Brasilia/2014, se han reconocido las *convergencias* entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR), y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) ¹³.

Tal como ponderé en mi Prefacio al tomo de la *Memoria* de las Consultas que generaron la Declaración de San José de Costa Rica de 1994, se ha comprendido que, en lugar de "categorizaciones subjetivas de personas (de acuerdo con las razones que las llevaron a abandonar sus hogares)", pasamos a la "adopción del criterio objetivo de las *necesidades de protección*", lo que de ese

13. Párr. 5 del actual Proyecto de Declaración de Brasil.

modo abarca un número considerablemente mayor de personas (inclusive los desplazados internos) tan vulnerables como los refugiados", no habiendo lugar para *vacatio legis* ¹⁴. Con esto, se logra la ampliación del *derecho de protección* aplicable, en beneficio de todos los seres humanos protegidos.

Así como la Declaración de Cartagena (1984) enfrentó el gran drama humano de los conflictos armados en Centroamérica, y además presintió el agravamiento del problema de los desplazamientos internos; así como la Declaración de San José (1994) se profundizó en la cuestión de la protección también de los desplazados internos, y además presintió el agravamiento del problema de los flujos migratorios forzados; y así como la Declaración de México (2004) se profundizó en la cuestión de la protección de los migrantes (inclusive los indocumentados), y además presintió el agravamiento del problema de los flujos migratorios mixtos de gran complejidad; - así también el Proyecto de Declaración que estamos a punto a adoptar aquí en Brasilia (2014) se concentra en los miembros de grupos que padecen de extrema vulnerabilidad, y además presiente el agravamiento del problema de las víctimas de actividades criminales de actores no-estatales.

Con el espíritu de encontrar respuestas a las nuevas necesidades de protección de los miembros de los segmentos victimados de la población, el actual Proyecto de Declaración (2014) reconoce expresamente, para efectos de la protección debida, la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentran las personas y grupos que tanto necesitan de protección ¹⁵. El referido Proyecto de Declaración también resalta, correctamente, la responsabilidad primaria de los Estados (párr. 6), la posición central de la persona humana (párr. 8), y la importancia del espíritu de solidaridad, tal como demostrado a lo largo de las Consultas del ACNUR de 2014.

Se puede constatar, en todas estas Declaraciones de tres décadas sucesivas, que la violación de los derechos humanos constituye una de las causas de los éxodos de refugiados y las graves crisis humanitarias, a requerir *soluciones duraderas* para los victimados ¹⁶, los desarraigados que pasan a encontrarse en situación de creciente vulnerabilidad. El Derecho ha reaccionado, para extender la debida protección a tantos desarraigados ¹⁷. En las Consultas del

14. ACNUR, *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional* (San José de Costa Rica, 05-07.12.1994), San José de Costa Rica, ACNUR/DIDH, 1995, pp. 14-15.

15. Párrs. 5, 9, 18, 20, 40-41 y 44-45.

16. A.A. Cançado Trindade, "Discurso de Clausura" (San José, 07.12.1994), *in ibid.*, pp. 431-432.

17. A.A. Cançado Trindade, "Le déracinement et la protection des migrants dans le Droit international des droits de l'homme", *19 Revue trimestrielle des droits de l'homme - Bruxelles* (2008) n. 74, pp. 289-328.

ACNUR en las tres últimas décadas, se ha buscado lograr, mediante las Declaraciones respectivas, la correspondiente ampliación del derecho aplicable, tanto *ratione materiae* como *ratione personae*.

En efecto, ya mi contribución como Consultor Jurídico del ACNUR en sus Consultas, que presenté al pleno de la Conferencia de México de la cual resultó la Declaración y Plan de Acción de 2004, me permití señalar que, a partir de la experiencia de la comunidad internacional en nuestra parte del mundo, era difícil evitar la impresión que pasamos continuamente de una crisis a otra, con sus efectos desagregadores. Por otro lado, es muy significativo también constatar que la reacción de la comunidad internacional, movida por la conciencia humana, ha sido inmediata, mediante el ejercicio de reflexión colectiva, y con una participación pública cada vez más amplia, en las Consultas realizadas en los tres decenios sucesivos. Con esto, - agregué, - se viene logrando la continua expansión del derecho aplicable, de modo a extender protección a un número cada vez mayor de personas que de ella necesitan, en las más distintas circunstancias¹⁸.

Las Consultas de 2014 han vuelto a reconocer la importancia de las convergencias entre las tres vertientes de protección de la persona humana, - el DIDH, el DIR, y el DIH, - en los planos normativo, hermenéutico y operativo. Pero las Consultas de 2014, en mi percepción, han imprimido una dimensión aún más amplia a dichas convergencias, al traer a colación tratados e instrumentos internacionales propios de otras ramas del derecho internacional, el derecho de gentes (*droit des gens / jus gentium*). Permítome señalar dos ejemplos en este sentido.

En la más reciente reunión subregional del Caribe (realizada en Grand Cayman, en septiembre de 2014), se ha subrayado la relevancia de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982) y del Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos (1979) para las operaciones de protección de las personas en peligro en el mar. Este aporte encuéntrase debidamente consignado en el Proyecto de Plan de Acción de Brasil (capítulo V), para hacer face a la situación de vulnerabilidad de personas en necesidad de protección marítima. Es esta la primera vez que esto ocurre, expandiendo el marco de protección internacional. Las convergencias son

ampliadas: aquí se juntan, a las referidas tres vertientes de protección internacional, otros instrumentos internacionales propios del derecho del mar.

En la reunión subregional de Mesoamérica (realizada en Managua, en julio de 2014), se ha señalado la situación de mayor y extrema vulnerabilidad de las víctimas, reales o potenciales, de la trata de personas, como las mujeres, y los niños y niñas no acompañados o separados, entre otros. Se han traído a colación las necesidades de protección internacional de las víctimas frente al crimen organizado transnacional, también consignadas en el referido Proyecto de Plan de Acción (capítulo IV), que se espera sea adoptado por esta Conferencia Interministerial de Brasilia. En realidad, es este un problema que hace mucho viene preocupando el ACNUR, aún antes de las Consultas de 2004 y a lo largo de la última década.

Permítome aquí recordar que, en 2002, el ACNUR emitió sus *Directrices sobre la Protección Internacional*, en los contextos tanto de *Persecución por Motivos de Género*¹⁹, como de *Pertenencia a un Determinado Grupo Social*²⁰. Posteriormente, en 2006, el ACNUR emitió sus *Directrices sobre las Víctimas de la Trata de Personas y las Personas que Están en Riesgo de Ser Víctimas de la Trata*²¹, en las cuales, *inter alia*, después de invocar la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000) y sus Protocolos Adicionales sobre la Trata de Personas y el Tráfico de Migrantes, recuerda que el Protocolo sobre la Trata de Personas, después de señalar la situación de vulnerabilidad de estas últimas (artículo 3), contempla la convergencia normativa con los tratados del DIDH y del DIR (artículo 14), para asegurar mejor protección a aquellas personas²².

Aquí se juntan, a las ya mencionadas tres vertientes de protección internacional, otros instrumentos internacionales de control de la delincuencia organizada transnacional y de combate a la exploración de seres humanos (como la trata de personas) en situación de especial vulnerabilidad. La dimensión es más amplia, no sólo *ratione personae* y *ratione temporis* (las víctimas reales o potenciales), sino también *ratione materiae*, por abarcar los agentes de persecución tanto estatales como no-estatales. Con este nuevo enfoque, el ACNUR divulgó, en 2010, su *Nota de Orientación sobre las Solicitudes de*

18. A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones y Convergencias Revisitadas: Diez Años de Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)", in Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004), San José de Costa Rica/México, ACNUR, 2005, pp. 147-148.

19. ACNUR, doc. HCR/GIP/02/01, de 07.05.2002, pp. 1-13.

20. ACNUR, doc. HCR/GIP/02/02, de 07.05.2002, pp. 1-6.

21. ACNUR, doc. HCR/GIP/06/07, de 07.04.2006, pp. 1-17.

22. Cf. *ibid.*, pp. 4-5, paras. 8 y 12.

la Condición de Refugiado Relacionadas con las Víctimas de Pandillas Organizadas²³.

La labor de protección, en este universo conceptual más amplio, revela, en mi percepción, la *unidad del Derecho*²⁴, abarcando dominios distintos del Derecho internacional público contemporáneo en *convergencia* para salvaguardar los derechos de la persona humana en todas circunstancias, a niveles tanto nacional como internacional, en *interacción* en el presente contexto de protección²⁵. Queda claro que los avances en el presente dominio de protección que nos congrega en esta Conferencia de Brasilia, sólo habrán de lograrse en una atmósfera de verdadera solidaridad humana. Los seres humanos no deben ser privados de sus derechos simplemente en razón de su estatuto migratorio o de cualquier otra circunstancia. La persona humana debe ser situada en el lugar que le corresponde, ciertamente por encima del capital, de los bienes y de los servicios.

La reunión subregional andina (realizada en Quito, en junio de 2014) ha contribuido al examen actualizado de las *soluciones duraderas* en el marco tanto del DIR como del DIDH, tomados conjuntamente. En lo que concierne a integración local, por ejemplo, el Proyecto de Plan de Acción, considerado para adopción en la presente Conferencia de Brasilia (de diciembre de 2014), hace un llamado a los “servicios públicos solidarios” (como la salud, educación, vivienda y empleo) y a la integración intercultural²⁶. El referido Proyecto de Plan de Acción, además, pondera (capítulo III) que las soluciones duraderas ya consagradas²⁷ - a saber, la *repatriación voluntaria*, la *inte-*

23. ACNUR/División de Protección Internacional, *Nota de Orientación sobre las Solicitudes de la Condición de Refugiado Relacionadas con las Víctimas de Pandillas Organizadas*, Ginebra, marzo de 2010, pp. 1-25.

24. Sobre dicha *unidad del Derecho* en la labor de los tribunales internacionales contemporáneos, cf., recientemente, A.A. Cançado Trindade, “A Contribuição dos Tribunais Internacionais à Evolução do Direito Internacional Contemporâneo”, in: *O Direito Internacional e o Primado da Justiça* (eds: A.A. Cançado Trindade e A.C. Alves Pereira), Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2014, pp. 70-74; cf. también A.A. Cançado Trindade, - “Vers un droit international universel: la première réunion des trois Cours régionales des droits de l’homme”, in *XXXVI Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* - 2009, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2010, pp. 103-125.

25. Sobre tal interacción, cf., recientemente, A.A. Cançado Trindade, “A Century of International Justice and Prospects for the Future”, in: A.A. Cançado Trindade e D. Spielmann, *A Century of International Justice / Rétrospective d’un siècle de justice internationale et perspectives d’avenir*, Oisterwijk, Wolf Publs., 2013, pp. 24-25.

26. Proyecto de Plan de Acción, párr. 23.

27. También el actual Proyecto de Declaración aborda las *soluciones duraderas*, desde la perspectiva de las lecciones aprendidas en la implementación de los componentes de “ciudades solidarias”, “fronteras solidarias” y “reasentamiento solidario”, del Plan de Acción de México de 2004 (párrs. 22-25).

gración local y el *reasentamiento* - son susceptibles de efectuarse de modo complementario, coordinado y conjunto, para lograr soluciones adecuadas, integrales y sostenibles en beneficio del conjunto de los segmentos afectados de la población²⁸.

A su vez, la reunión subregional del Mercosur (realizada en Buenos Aires, en marzo de 2014), ha agregado a este marco conceptual un programa propuesto de *movilidad laboral*, que venga a facilitar el libre tránsito de los refugiados a terceros países, donde puedan acceder a empleo remunerado para alcanzar la autosuficiencia económica, - tal como también consignado en el mencionado Proyecto de Plan de Acción (capítulo III)²⁹. El Proyecto de Declaración caracteriza dicha *movilidad laboral*, para promover la integración de refugiados en terceros países, como un “mecanismo regional de solidaridad” (párr. 52). Además, la misma reunión subregional del Mercosur ha sostenido los altos estándares de protección consagrados en los desarrollos de “la jurisprudencia y la doctrina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), y el carácter de *jus cogens* del principio de *non-refoulement*, - tal como consignado en el Proyecto de Declaración de Brasil (párr. 12).

El documento final de las Consultas del ACNUR de 2014 expresa el compromiso de erradicación de la apatridia dentro de la próxima década³⁰. Subraya la necesidad continuada de la otorga de las *visas humanitarias*³¹, entre otras medidas, en un espíritu de solidaridad³². Enfatiza la necesidad de fiel observancia de las garantías del debido proceso legal³³ y del principio básico de no-discriminación³⁴. Y, en fin, reconoce la necesidad de *evaluación y seguimiento* de la labor realizada³⁵. El referido documento final encuéntrase orientado, como no podría dejar de ser, hacia las personas a ser protegidas, consideradas como verdaderos *sujetos* de derecho y de protección internacional³⁶.

En todo el proceso de este ejercicio humanitario de tres décadas de Consultas del género, el derecho de la persona humana de acceso *lato sensu*

28. Cf. también, en el mismo sentido, el párr. 49 del Proyecto de Declaración.

29. También consignado en el actual Proyecto de Declaración de 2014 (párr. 52).

30. Declaración, párrs. 29-30 y 53; y Plan de Acción, párr. 12, y cap. VI, párrs. 39-40.

31. Declaración, párr. 14; Plan de Acción, párrs. 24 y 47.

32. Plan de Acción, párr. 30.

33. Declaración, párrs. 13, 18 y 38.

34. Declaración, párrs. 42 y 48.

35. Declaración, párr. 48.

36. Declaración, párrs. 41-42. Para un estudio general de esta cuestión, cf. A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368.

a la justicia, en los planos nacional e internacional, ha significativamente marcado presencia. Hemos alcanzado, juntos, el compromiso, de toda nuestra región, de erradicar la apatridia, y de fortalecer la protección de los que padecen en situaciones de la más completa vulnerabilidad (inclusiva las víctimas de actores no-estatales, y de grupos criminales), en todas y cualesquiera circunstancias. Esto encuéntrase en plena conformidad con el carácter pionero de las valiosas contribuciones de los países y pueblos de nuestra región al desarrollo progresivo del derecho internacional contemporáneo.

Haber revelado este universo conceptual y normativo más amplio constituye, a mi juicio, uno de los logros del proceso de Consultas del ACNUR de 2014, culminando hoy en esta Conferencia de Brasilia, que nos congrega a todos alrededor del Proyecto de Declaración y Plan de Acción de Brasil. A lo largo de todo este proceso de Consultas hemos buscado, y encontrado, nuevas respuestas a los nuevos desafíos humanitarios, a las nuevas necesidades de protección de los seres humanos. La realización de la presente Conferencia Interministerial de Brasilia constituye un momento histórico altamente significativo, en que, por la primera vez, en las tres décadas de Consultas del género del ACNUR, América Latina y el Caribe se congregan aquí para enfrentar, conjuntamente, los nuevos desafíos humanitarios de nuestros tiempos, mediante la adopción de su documento final.

El actual proceso de Consultas de 2014 ha contado con el más alto grado de participación pública en las tres últimas décadas, tanto de los representantes gubernamentales como de los representantes de la sociedad civil. Estas tres décadas de Consultas del ACNUR son un ejemplo único en todo el mundo. No hay otra región del mundo que haya procedido del mismo modo; es este un patrimonio jurídico de los países y pueblos de nuestra región. En lo que concierne a las Consultas de este año de 2014, es gratificante que nos podamos sentir, todos, responsables por el Proyecto de Declaración y Plan de Acción de Brasilia, cuya aplicación se revertirá en beneficio de tantas personas en situaciones de vulnerabilidad, en búsqueda de protección. Es importante que, a partir de ahora, nos mantengamos atentos a su efectiva aplicación. Dificilmente podría haber algo más gratificante que el sentimiento del empeño en la construcción del derecho de gentes (*droit des gens / jus gentium*) contemporáneo: este ha sido verdaderamente un ejercicio de construcción, para que podamos dejar a las nuevas generaciones un mundo quizás mejor que lo que encontramos.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La Declaración y el Plan de Acción de Brasil vinieron a ser adoptados, por consenso y aclamación, en la última sesión plenaria de la Conferencia Interministerial del ACNUR, en Brasilia, el 03 de diciembre de 2014. En comparación con Cartagena/1984, San José/1994 y México/2004, Brasilia/2014 fue la Conferencia que logró el más alto grado de participación pública, abarcando, por primera vez, todos los países de la región, tanto los de América Latina como también del Caribe. Es cierto que la temática ha despertado interés en otras latitudes (en relación, v.g., con los problemas de los flujos migratorios forzados³⁷, de la trata de personas y del tráfico ilícito de migrantes³⁸, de la falta de acceso a la justicia³⁹, entre otros), pero la movili-

37. Cf., v.g., [Varios Autores.] *Les migrations contraintes* (Actes du Colloque de Caen, 2012 - ed. C.-A. Chassin), Paris, Pédone, 2014, pp. 5-186; [Varios Autores.] *La protection internationale et européenne des réfugiés* (ed. A.-M. Tournepiche), Paris, Pédone, 2014, pp. 5-176; [Varios Autores.] *La société internationale face aux défis migratoires* (eds. H. Gherari y R. Mehdi), Paris, Pédone, 2012, pp. 7-217; M. Dubuy, "À propos de l'émergence d'un nouvel ordre migratoire mondial - Aspects récents", in *L'État dans la mondialisation* (Colloque de Nancy), Paris, Pédone, 2013, pp. 345-370; M.-F. Valette, "La vulnérabilité de l'enfant au gré des migrations", 23 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2012) n. 89, pp. 103-123; [Varios Autores.] *Migrations de populations et droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2011, pp. 13-260; C. Pérez González, *Migraciones Irregulares y Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 21-207; S. Castles y M.J. Miller, *The Age of Migration - International Population Movements in the Modern World*, N.Y., Guilford Press, 1993, pp. 1-275; F.F. Höpfner, *L'évolution de la notion de réfugié*, Paris, Pédone, 2014, pp. 265-454; V. Longhi, *The Immigrant War - A Global Movement against Discrimination and Exploitation*, Bologna, SEPS, 2014, pp. 1-122.

38. Cf., v.g., K. Plouffe-Malette, *Protection des victimes de traite des êtres humains - Approches internationales et européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1-184; A.G. Chueca Sancho, "Protección Internacional frente a la Trata de Personas", in *Un Mundo sin Desarraigo: El Derecho Internacional de las Migraciones* (ed. F.M. Mariño Menéndez), Madrid, Catarata, 2006, pp. 132-197; [Varios Autores.] *From Human Trafficking to Human Rights - Reframing Contemporary Slavery* (eds. A. Brysk y A. Choi-Fitzpatrick), Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2012, pp. 1-216; y cf., en general, J. Pierrat, *Mafias, gangs et cartels - La criminalité internationale en France*, [Paris,] Éd. Denoël, 2008, pp. 7-456; L. Corte Ibáñez y A. Giménez-Salinas Framis, *Crimen Organizado - Evolución y Claves de la Delincuencia Organizada*, Barcelona, Ariel, 2010, pp. 17-428; N. Kranrattanasuit, *ASEAN and Human Trafficking - Case Studies of Cambodia, Thailand and Vietnam*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 1-214.

39. Cf., v.g., J. McBride, *Access to Justice for Migrants and Asylum Seekers in Europe*, Strasbourg, Council of Europe, 2009, pp. 5-129; M. Morel, *The Right Not to Be Displaced in International Law*, Cambridge/Antwerp, Intersentia, 2014, pp. 49-310; [Varios Autores.] *The Protection of Separated or Unaccompanied Minors by National Human Rights Structures* (Coloquio de Padova, octubre de 2009), Strasbourg/Padova, Council of Europe/Universidad de Padova, 2009, pp. 5-63; Y. Küstakis, *Protecting Migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasbourg, Council of Europe, 2013, pp. 9-119.

zación de *toda* nuestra región alrededor de la temática general es única, asumiendo posición de vanguardia en todo el mundo, tal como me permití señalar en mis intervenciones en el proceso de Consultas del ACNUR de 2014.

En dichas Consultas de 2014 que culminaron con la adopción en Brasilia, el 03 de diciembre de 2014, de la Declaración y el Plan de Acción de Brasil, participaron, a la par de los gobiernos de todos los países de nuestra región, también numerosas entidades de la sociedad civil de la misma región, - como no podría dejar de ser, tratándose de una temática de carácter humanitario. En sus intervenciones en la Conferencia Interministerial de Brasilia, los representantes de dichas entidades defendieron una interpretación progresiva de los instrumentos internacionales pertinentes, y la armonización con ellos de las legislaciones nacionales. En relación con las nuevas causas de desplazamiento forzado, enfatizaron la necesidad de asegurar el respeto de los derechos humanos en las políticas migratorias, y de transformar el enfoque de seguridad nacional hacia un enfoque de seguridad humana.

Los representantes de las entidades de la sociedad civil también se refirieron a la contribución de los Estados caribeños al traer a colación la necesidad de asegurar protección en la alta mar, y, en seguida, destacaron cinco otros puntos, a saber: a) la necesidad de atención especial a personas en alto grado de vulnerabilidad (como los niños no acompañados), a ejemplo de las víctimas de la trata de personas; b) la importancia de los principios de no-discriminación y no-rechazo; c) la necesidad de expedición de un documento de identidad a ser reconocido a nivel regional; d) la garantía del derecho a la nacionalidad; y e) la importancia de alcanzar soluciones duraderas. En fin, dichos representantes destacaron la importancia de los mecanismos de *seguimiento y monitoreo*, a ser fortalecidos por una composición tripartita, abarcando la participación de los Estados, del ACNUR y de la sociedad civil (juntamente con la academia).

Poco antes del cierre de la Conferencia Interministerial de Brasilia, el Estado anfitrión procedió a un breve resumen del aporte de los recién-adoptados Declaración y Plan de Acción de Brasil. Después de subrayar la importancia de la incorporación a ellos de los países caribeños, - registrando la proximidad entre América Latina y el Caribe, - señaló, en el ejercicio de actualización, la inclusión del drama de los apátridas y la relevancia del derecho a la nacionalidad (que ya figuraba en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948), y el compromiso con la erradicación (además de prevención) de la apatridia en el transcurso de la próxima década. También destacó la importancia de la protección de personas en situaciones de *vulnerabilidad*

(en un espíritu de solidaridad), como los niños/niñas y adolescentes no-acompañados (rumbo al Norte).

Efectivamente, la Declaración y el Plan de Acción de Brasil (2014) han logrado, a mi juicio, un *aggiornamento* del marco de protección para la próxima década (2014-2024) de personas en situaciones de vulnerabilidad en el contexto regional actual. Es significativo su reconocimiento expreso de las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario, revelando la *unidad del Derecho*. Es, además, significativo el reconocimiento de la relevancia de la incidencia del derecho de acceso *lato sensu* a la justicia, así como del carácter de *jus cogens* del principio de non-refoulement.

En la evaluación de la Conferencia Interministerial de Brasilia a la que de inmediato procedimos (el ACNUR y representantes de entidades de la sociedad civil y de la academia) en la Universidad de Brasilia (UnB - Instituto de Relaciones Internacionales - IREL), en la tarde del 3 y mañana del 4 de diciembre de 2014, nos concentramos en los proyectados y necesarios mecanismos de seguimiento y monitoreo de la Declaración y Plan de Acción de Brasil. No se anticiparon dificultades en que sean preferiblemente de composición tripartita (Estados, ACNUR, y sociedad civil y academia), - al menos, de inicio, en el Cono Sur y en Centroamérica, y además en la subregión andina; en cuanto al Caribe, se podría, quizás, para la coordinación, contar con la asistencia del CARICOM.

En fin, en el mundo conturbado en que vivimos, nuestra región - América Latina y el Caribe - ha sabido, fiel a la mejor tradición de su más lúcida doctrina jusinternacionalista, salvaguardar los valores humanos y su cuidado con los que padecen en situaciones de vulnerabilidad, en un espíritu de solidaridad y en el marco de la universalidad de los derechos de la persona humana. Es un privilegio haber podido participar de este proceso de Consultas del ACNUR que culminó en la adopción de la Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014) para la próxima década, como un paso más en el largo camino de la *humanización* del Derecho Internacional.

LA REAL UNIVERSIDAD DE LA INMACULADA CONCEPCIÓN DE LEÓN DE NICARAGUA EN EL BICENTENARIO DE SU FUNDACIÓN (1815-2015) ¹

Sic itur ad astra
(por este camino hacia las estrellas)

Dr. Prometeo CEREZO DE DIEGO (España)
Secretario General del IHLADI

I.- LA CIUDAD DE LEÓN

Autoridades académicas, miembros del IHLADI, profesores y alumnos de la UNAN:

Constituye un honor para el Instituto Hispano- Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional celebrar una de sus sesiones del XXVIII Congreso (11-XI-2014) en esta ciudad de León de Nicaragua henchida de Historia y de saberes.

Fundada en 1524 por el descubridor Francisco Hernández de Córdoba estuvo adscrita durante casi tres siglos al Reino o Capitanía General de Guatemala. A lo largo de este período se lleva a cabo un proceso de castellanización y de adoctrinamiento de los aborígenes que estuvo dirigido, como prácticamente en todos los territorios hispánicos, por la Iglesia.

Fueron los frailes mercedarios, llevados por el gobernador Pedrarias Dávila, los que fundaron en 1528 en León Viejo el primer convento que existió en la Provincia. El grupo de religiosos, dirigido por el padre Fray Francisco de Bobadilla había acompañado a Pedrarias en el viaje desde Panamá a Nicaragua en marzo de 1528. En este convento, dice el padre Ignacio Zúñiga, fue enterrado Pedrarias, fallecido el 6 de marzo de 1531 ².

El presbítero y luego primer Obispo de Nicaragua, Diego Álvarez Osorio, fue desde 1531 el principal impulsor de la evangelización y de la defensa de los derechos de los indios. Junto a la mitra, los conventos de las órdenes reli-

1. Un bosquejo del presente artículo fue pronunciado en la sesión del XXVIII Congreso del IHLADI, celebrada el 11-XI-2014, en la Universidad de León de Nicaragua.

2. ZÚÑIGA, I., *La Orden de la Merced en Centroamérica*, Instituto Histórico de la Orden de la Merced, Roma, 1989, pp. 85 y 138.

gias fueron los centros de difusión de la enseñanza elemental que comprendía el aprendizaje de la doctrina cristiana, lectura, escritura, caligrafía, rudimentos de gramática y aritmética, etc.

En la ciudad de Granada, fundada también por Hernández de Córdoba en 1524, a los cinco años en 1529, se edifica por Fray Toribio de Benavente, Motolinía, el famoso convento franciscano en el que se llevaba a cabo la enseñanza primaria.

Según escribe el historiador Jorge Eduardo Arellano: "A los trece años de fundada la ciudad de León en 1537, la Emperatriz Isabel ordenaba al Gobernador de la Provincia de Nicaragua que construyera junto a la Catedral una Escuela de Doctrina para hijos de Caciques".

En la práctica, sería Fray Francisco de Mendavia, Obispo de León, nombrado el 3 de agosto de 1537 mediante Real Cédula de Carlos I de España, quien fundara en León el Viejo la primera escuela para indios. Después de él los obispos Fray Gómez de Córdoba y Fray Antonio de Zayas establecieron la segunda y tercera escuela de doctrina y primeras letras.

La importancia que había adquirido la ciudad de León a los treinta años de su fundación, queda de manifiesto cuando, estando vacante el obispado, en 1553 el Príncipe Felipe, Regente de Castilla por ausencia de su padre el Emperador Carlos V, elige al catedrático más famoso de la Universidad de México, el agustino Fray Alonso de la Veracruz, para que ocupará la sede. A la carta del Príncipe, de fecha 16 de marzo de 1553, contesta el padre Veracruz el 20 del mismo mes renunciando a dicho cargo: "Yo, alto señor, dice, me admiré que de mí S.M. y V.A. tuviessen noticia, porque en mí no ay partes para ello [...] Y por esso, yo no accepto la dignidad, ni quiero el obispado, ni éste, ni otro [...] porque conozco lo poco que soy y lo menos que valgo y la grandeza de la dignidad cuánto ser de persona requiere".

A pesar de la gran labor que hicieron los conventos y las escuelas, la castellanización resultó incompleta durante los siglos XVI y XVII, pero se consolidó durante el siguiente en la zona del Pacífico. En el proceso de castellanización, además de los mercedarios, franciscanos y dominicos, otras órdenes religiosas también participaron. A principios del siglo XVII, los jesuitas fundaron dos colegios importantes, uno en la villa del Realejo y otro en la ciudad de Granada. En ambos se enseñaba catecismo, lectura, escritura, nociones elementales de gramática, aritmética y latín.

Durante el siglo XVI, la ciudad de León transcurría su existencia apaciblemente con una organización similar a la de los pueblos civilizados de Europa. En lo político, la autoridad radicaba en el Gobernador, en lo religioso en el Obispo y en lo civil en el Notario que legalizaba la validez jurídica de las relaciones contractuales.

Pero esta tranquilidad se truncó un día de diciembre de 1609 cuando la tierra tembló y el volcán Momotombo que a su lado había permanecido silencioso y tranquilo, con un ruido aterrador comenzó a vomitar columnas de fuego expulsando lava, humo y cenizas que caían sobre la ciudad y los campos.

Las aguas del lago Xolotlán en grandes oleajes amenazaban con tragarse la ciudad. Las gentes corrían de un sitio para otro despavoridas intentando poder escapar de aquella supuesta maldición divina. La atmósfera era irrespirable, las cenizas se iban acumulando sobre los tejados de las casas hasta que se hundían por el peso, los ganados no podían alimentarse porque las praderas estaban contaminadas de ceniza, en fin, todo era un caos.

Las autoridades apelaron a la Chancillería de Guatemala solicitando el traslado de la ciudad pero no obtuvieron respuesta. Como la erupción del volcán no cesaba, las autoridades decidieron abandonar la ciudad, aún sin el permiso solicitado, "y el 2 de enero de 1610 salieron de León con el estandarte enarbolado por Pedro de Munguía Mendiola, que desempeñaba las funciones de Alférez Mayor y, caminando nueve leguas al occidente, plantó el estandarte bajo la sombra protectora de un frondoso árbol de guácimo". El Viejo León se quedaba para siempre abandonado, sepultado y convertido en un campo de desolación por las cenizas del Momotombo y el polvo de los siglos.

En esa misma fecha nacía León Nuevo emplazado en un fértil valle, a la orilla de los ríos Chiquito y Pochote y del pueblo indígena de Subtiava. Sus habitantes, conocedores de la tragedia que estaba ocurriendo en León, en un gesto de solidaridad y hermandad sin igual, salieron con su Alcalde al frente a recibir a los leoneses que, en su forzado éxodo, llegaban en busca de asilo y de un nuevo asentamiento.

Acto seguido se procedería a establecer los límites de separación del territorio de Subtiava y del nuevo pueblo de León, para, a continuación, las autoridades leonesas elaborar un plano de la naciente ciudad y establecer el lineamiento de las calles y los espacios públicos. Con el esfuerzo y laboriosidad de los nuevos pobladores, poco a poco fue apareciendo la figura del Nuevo León.

5. BUITRAGO MATUS, N., *León. La sombra de Pedrarias*, 2 t., Fundación Ortiz-Gurdián, Managua, Nicaragua, 1998, t. I, 19.

3. ARELLANO, J. E., *La Bicentenario Universidad de León, Nicaragua*, Edit. Universitaria, UNAN-LEÓN, 2012, 27 passim.

4. CEREZO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el Derecho de Gentes*, Porrúa, México, 1985, 15.

A lo largo del siglo XVII, se produce una expansión de la ciudad y un auge de su poder económico, junto con una preocupación de las autoridades religiosas y civiles por la enseñanza. En la ciudad se gestaban ideales y esperanzas a favor de un futuro prometedor para las siguientes generaciones.

II. EL SEMINARIO CONCILIAR- COLEGIO DE SAN RAMÓN NONATO

En 1680, se funda en la ciudad de León el Nuevo un Seminario-Colegio, bajo la advocación de San Ramón Nonato, por el Obispo Andrés de las Navas y Quevedo para dar aplicación a las disposiciones tridentinas.

San Ramón Nonato (1204-1240) fue un santo muy popular en la Edad Media. Su nacimiento, un tanto especial por el hecho de haber nacido muerta ya su madre, le valió su apellido de Nonato (*non-nato*). Ingresa muy joven en la Orden de la Merced y sus superiores le destinan a la redención de cautivos en tierras musulmanas del norte de África. La heroica decisión, al acabársele el dinero, de entregarse en sustitución de un cautivo y las penalidades que tuvo que soportar hasta que fue redimido por sus compañeros de la Orden, fue motivo de una devoción extraordinaria en la Iglesia católica que culminó en 1657 con su canonización por el Papa Alejandro VII⁶. Esta fecha, tan próxima a la de la fundación del Seminario-Colegio y el hecho de que el Obispo Navas y Quevedo fuera de su misma Orden, explica sin duda su elección para patrono del Seminario-Colegio de León.

El Concilio de Trento (1545-1563) había establecido que en todas las sedes episcopales se erigiera un Seminario para que los aspirantes al sacerdocio adquirieran una formación teológica y cultural que les facultase para poder recibir las órdenes sagradas. Dado que la diócesis de León, que llevaba fundada siglo y medio, no había cumplido con esta obligación, fue la Real Audiencia de Guatemala en 1679 la que ordenó al obispo diocesano, Don Andrés de las Navas y Quevedo, y al de Comayagua que fundaran el Seminario.

Mérito del ilustre Prelado fue el hacer la fundación con una doble finalidad, por un lado la de Seminario y, al mismo tiempo, la de Colegio. Desde hacía tiempo había un deseo generalizado en los padres de familia de la burguesía de la Provincia de que sus hijos pudieran no sólo dedicarse a la agricultura o a la artesanía sino que también tuvieran acceso a una instrucción

6. MOLINA, T. de, *Historia General de la Orden de Nuestra Señora de las Mercedes*, Provincia de la Merced de Castilla, Colección "Revista Estudios", Madrid, 1973, 2 vols., vol. I, 98-108.

mayor que les permitiera poder competir con los hijos de padres españoles que acaparaban los cargos administrativos más importantes de la Provincia.

La noticia de la creación de un Seminario-Colegio corrió como la pólvora en la alta sociedad leonesa que animaron al Prelado a llevarla a la práctica cuanto antes. El obispo donó a la fundación dos casas que había adquirido y con sus fondos personales hizo la reparación y acomodo de las mismas y la compra del mobiliario.

A comienzos de 1681 llegaba a la Audiencia el texto-proyecto del Reglamento de Constituciones, y el 19 de junio de 1683 el Consejo resolvía lo siguiente: "Apruébase la erección del Seminario hecha por el Obispo de Nicaragua y Costa Rica, y las constituciones que ha formado para su bien gobierno, con los reparos y limitaciones que se proponen por el señor fiscal y lo acordado por secretaría...". Por su parte, el Rey Carlos II expedía una Cédula el 15 de julio de 1683, en la que además de autorizar las cátedras de Gramática y Teología Moral, lo dotaba con 200 pesos anuales.

A pesar de esta ayuda Real y algunas otras contribuciones, el montante total era insuficiente para sostener la fundación, por ello el Obispo Navas y Quevedo se vio en la obligación de limitar a ocho el número de colegiales. Los colegiales fundadores "eran hijos de españoles, de legítimo matrimonio, libres de toda mancha y mala raza de moros y judíos, y se esperaba de ellos que permanecieran en estado eclesiástico; frizaban entre los doce y dieciséis años y sabían leer y escribir. Tales eran las calidades para ser admitido"⁷.

Aunque los inicios de la fundación eran muy prometedores, la marcha del obispo Navas y Quevedo, promovido a la Archidiócesis de Guatemala en 1683, restó fuerza al Seminario-Colegio. Para mayor desgracia, en 1685 una incursión de piratas ingleses saqueó e incendió la ciudad quemándose las casas de la fundación. Había que empezar otra vez, pero el Colegio de San Ramón renacería de sus propias cenizas como el Ave Fénix.

Reconstruido el Seminario-Colegio, se reanudaron las enseñanzas siguiendo los planes fijados por su fundador, que secundaban los esquemas del antiguo sistema colonial. Formaba sacerdotes de extracción criolla, si bien también en sus aulas se admitían becarios indígenas -hijos de caciques o sus descendientes- y alumnos laicos, superando la dicotomía colonial: la "república de los españoles" y la "república de los indios".

Con el tiempo, el Seminario-Colegio de León se convierte en el segundo foco académico de la cultura colonial en Centroamérica, formando a la mayoría de los sacerdotes de Costa Rica y acogiendo a jóvenes de las provincias

7. ARELLANO, J.E., *La Bicentenario...*, o.c., 46.

de Honduras y El Salvador que iban a estudiar para ocupar los cargos administrativos y eclesiásticos monopolizados por forasteros.

Al hablar del desarrollo de la cultura nicaragüense, dice Buitrago Matus: "debemos reconocer como acto de justicia, que si los Reyes de España tuvieron crueldades como dueños de las tierras de América, tuvieron también actos de verdadera paternidad para los habitantes de esas mismas tierras como sus hijos espirituales; que, en ellos inculcaron e injertaron "sus propias vivencias hispanas". Trajeron soldados y armas para la conquista de la tierra, pero trajeron también para colonizarla Obispos y Ayuntamientos; levantaron ciudades, construyeron Iglesias y Hospitales y crearon Colegios y Universidades"⁸.

Junto a la Corona, merece el principal reconocimiento la Iglesia Católica que, por medio de la jerarquía eclesiástica y las órdenes religiosas, fundaron escuelas para criollos e indígenas y crearon estudios superiores de Filosofía y Teología para la formación de sus propios sacerdotes. De sus claustros salieron innumerables misioneros, maestros, escritores y catedráticos bien preparados en las Universidades de la Península que elevaron el nivel docente de las nacientes Universidades coloniales.

Es a lo largo del siglo XVIII cuando se produce el despertar intelectual en Nicaragua. Junto a la labor de enseñanza que se venía realizando, cabe citar la del obispo nicaragüense Juan Carlos Vilchez y Cabrera, fundador de escuelas parroquiales para indios, y la del doctor Esteban Lorenzo de Tristán, nombrado Obispo de Nicaragua en 1795, que promovió en León el desarrollo de escuelas públicas dirigidas por clérigos ilustrados, surgiendo un movimiento escolar al margen de los conventos.

Las dos figuras más relevantes del Seminario de San Ramón fueron el presbítero D. Tomás Ruiz, primer y único indígena en alcanzar los grados de licenciado y doctor en la Universidad de San Carlos de Guatemala, y el Rector Rafael Agustín Ayesta, los cuales, aunque de formación y mentalidad tradicional, llevaron a cabo una reforma antiescolástica, introduciendo una enseñanza racionalista e ilustrada.

A finales del siglo XVIII se había generalizado en León un ansia de vida universitaria derivada de un lado del movimiento sostenido de cultura propia, basada en los estudios humanísticos de entonces, y de otro, de una justa aspiración que se había impuesto el criollo de superarse por sí mismo en busca de una mejora de vida. En Nicaragua se perdían las inteligencias de los jóvenes más sobresalientes, sobre todo los de la clase pobre, ante la imposibilidad de

8. BUITRAGO MATUS, N., *León. La sombra de...*, o.c., t. I, 405.

desplazarse a Guatemala para obtener los títulos de Bachiller, Licenciado o Doctor en los estudios que habían cursado.

III. LA REAL UNIVERSIDAD DE LA INMACULADA CONCEPCIÓN DE LEÓN DE NICARAGUA

Es precisamente en el Seminario Conciliar-Colegio de San Ramón Nonato donde tuvo su origen la fundación de la última Universidad bajo dominio español en América, *manu regia cón dita* (fundada por mano regia), la Real Universidad de la Inmaculada Concepción de León de Nicaragua.

En 1787, toma las riendas del Rectorado del Seminario Conciliar-Colegio el presbítero D. Rafael Agustín Ayesta, oriundo de León y catedrático de Teología Moral, bajo cuya dirección el Seminario recibe un nuevo impulso. Consigue sanear la economía, principal problema del Seminario durante décadas, amplía el edificio, aumenta los fondos de la Biblioteca, restablece la disciplina, mejora la alimentación de los seminaristas, etc.

Pero, a pesar del desarrollo notable conseguido por el Seminario-Colegio en los últimos años del siglo XVIII, seguía careciendo de la potestad de conferir grados universitarios, por lo que sus alumnos tenían que desplazarse a la Universidad de Guatemala para conseguir los títulos de bachiller, licenciado y doctor, sin los cuales no podían aspirar al desempeño de los cargos públicos más importantes.

Por iniciativa del Rector Ayesta, se hicieron gestiones ante la Corona para que el Seminario-Colegio pudiera conferir a sus alumnos los grados menores y mayores. El Rey envía una cédula con fecha 20 de mayo de 1803 al Capitán General de Guatemala solicitándole un informe completo del Seminario-Colegio: cátedras existentes, maestros que las regentaban, horas de clase, número de alumnos, ejercicios que se practicaban, etc. El Gobernador Intendente remite un informe completo y positivo que es enviado al Real Claustro de la Universidad de Guatemala que dictamina a favor de la petición de Ayesta⁹.

Los trámites se sucedieron lentamente ante la Audiencia hasta que el 18 de agosto de 1806 llegó la esperada autorización Real. Pero no sería hasta el 13 de mayo de 1807 cuando Ayesta, superados todos los requisitos exigidos, pudo jurar cumplir la Cédula Real y los Dictámenes del Claustro de la Universidad de Guatemala y de la Audiencia Real.

9. RODRÍGUEZ CRUZ, A. M^a., *Salamanca docet. La proyección de la Universidad de Salamanca en Hispanoamérica*, t. I, Salamanca, 1977, 455.

Ayesta había conseguido su objetivo: elevar al Seminario Conciliar-Colegio de San Ramón Nonato al *status* de Universidad Menor y por ello se le considera el Fundador de la Universidad de León. Desde ese día la naciente Universidad podría otorgar los grados menores de Bachiller en Filosofía, Derecho Civil, Derecho Canónico y Medicina, que había sido restablecida en 1804.

Ayesta señaló el 15 de mayo para celebrar una misa solemne y un Tedeum en acción de gracias por el beneficio obtenido, invitando a todos los asistentes para pedir al Señor que continuará bendiciendo a la nueva Universidad. La nota más destacada en la ceremonia fue el discurso-sermón del P. Tomás Ruiz, Catedrático de Filosofía, gran orador siempre admirado por su auditorio, que entre otras cosas dijo: "Necesitamos en el seno de la Patria ministros dignos del santuario, filósofos que hagan conocer las maravillas del Creador, abogados íntegros que vindiquen nuestros derechos, jueces incorruptibles que dirijan con justicia y equidad"¹⁰.

Conseguida la categoría de Universidad Menor, el paso definitivo sería convertirla en Universidad Mayor, pero los trascendentes acontecimientos políticos que se suceden en la Península retrasarían las gestiones.

En efecto, el 27 de octubre de 1807 se firma entre Francia y España el Tratado de Fontainebleau, que es ratificado por España el 8 de noviembre en el Real Sitio de San Lorenzo de El Escorial, en donde la familia real se encontraba de vacaciones ubicada en el Palacio Real del Monasterio de El Escorial, por él se acordaba una intervención conjunta para conquistar Portugal. Con este pretexto y, aun antes de la ratificación del tratado, se inicia el 18 de octubre una penetración en España de tropas francesas al mando del general Junot, en un principio amistosa, pero que pronto se transforma en una ocupación sistemática de las principales ciudades y una auténtica invasión del territorio español¹¹.

En marzo de 1808, se produce el motín de Aranjuez contra el Príncipe de la Paz, el favorito Godoy, que acarrea la abdicación del Rey Carlos IV en el Príncipe de Asturias, que es recibido con un frenético entusiasmo por el pueblo que le proclama Rey. Este cambio en la titularidad de la Corona española, no estaba de acuerdo con el plan de Napoleón que pretendía colocar en ella a uno de sus hermanos, y fuerza al débil Carlos IV para que declare que la abdicación fue nula.

10. ARELLANO, J.E., *La Bicentenario...*, o.c., 23.

11. GENTIL SANZ, R. – SÁNCHEZ MECO, G., "El francés amigo", en AA. VARIOS, *Post fata resurgo (1815-2015)*, Bicentenario del título de Leal Villa de El Escorial, 2015, p. 109.

Ausentes en Bayona Carlos IV y Fernando VII y después de su vergonzosa renuncia a la Corona española, Napoleón nombra a su hermano José Rey de España el 6 de junio de 1808. Ante estos hechos se produce en toda la península una reacción patriótica y se constituye una Junta Suprema Central para gobernar en nombre de Fernando VII. Comienza la Guerra de la Independencia en la que el heroísmo y valentía de un pueblo unido consigue derrotar a un ejército extranjero tres veces superior en número.

En 1809, la Junta Suprema convoca Cortes Constituyentes; comienza la guerra de guerrillas; se inicia la emancipación de América: Nueva Granada y Charcas...¹²

Mientras tanto en Nicaragua, el 4 de julio de 1809, fallecía en León el Rector Ayesta, dejando en suspenso el gran problema de quién le sucedería en las gestiones para conseguir en la península la obtención de los grados mayores de la futura Universidad.

Por fortuna para la nueva Universidad, en 1810 era promovido al obispado de la diócesis de León el doctor Fray Nicolás García Jerez, dominico nacido en Murcia, España. Éste sería el tercer personaje que hizo posible la creación de la Universidad de León por su dinamismo, su interés y celo, y su predicamento entre los constituyentes de Cádiz.

Al otro lado del Atlántico, la Suprema Junta Gubernativa de España e Indias, por el decreto de 20 de enero de 1810, convocaba a la nación española a Cortes generales y extraordinarias en la Villa de la Isla del León (Cádiz) para el primer día de marzo siguiente. En el punto primero del mencionado decreto se disponía: "Para que las provincias de América y Asia, que por estrechez del tiempo no pueden ser representadas por diputados nombrados por ellas mismas, no carezcan enteramente de representación en estas Cortes, la Regencia formará una Junta Electoral compuesta de seis sujetos de carácter, naturales de aquellos dominios..."¹³. A estos efectos, Nicaragua nombró diputado a las Cortes de Cádiz a don Antonio López de la Plata.

Reunidas las Cortes generales y extraordinarias el 24 de septiembre de 1810 en la isla de León, ese mismo día se aprobó el primer Decreto emanado de la autoridad legislativa de aquel Congreso. "Declarábase en tal disposición, dice Zabala y Lera, a los diputados constituidos en Cortes generales y extraordinarias, en las que residía la soberanía nacional; se reconocía y juraba a Fernando VII como único y legítimo Rey, considerando nula la renuncia

12. MORENO ALONSO, M., *Napoleón. La aventura de España*, Silex, Madrid, 2004, 182 ss.

13. SAINZ DE BARANDA, R., *Colección de leyes fundamentales*, Acribia, Zaragoza 1957, 22.

hecha a favor de Napoleón; separábanse los poderes del Estado, reservándose las Cortes el legislativo y asignándose el ejecutivo a la Regencia; se establecía la inviolabilidad de los representantes y se confirmaban todos los tribunales y justicias del Reino, así como las autoridades civiles y militares”¹⁴.

En Nicaragua, al nuevo obispo de León, Fray Nicolás García Jerez, activo propulsor de la Universidad, le era encomendada, en diciembre de 1811, por su inamovible fidelidad a la Corona, la Gobernación Intendencia de Nicaragua. Desde este cargo, a finales de ese mismo año, envía una petición a las Cortes de Cádiz solicitando la transformación de la Universidad Menor de León en Universidad Mayor.

Las Cortes generales y extraordinarias de Cádiz atienden el pedimento del obispo nicaragüense como el justo clamor de una provincia del reino en beneficio de su instrucción, y el 10 de enero de 1812 aprueban el siguiente Decreto: “Don Fernando VII, por la gracia de Dios Rey de España y de las Indias, y en su ausencia y cautividad el Consejo de Regencia, autorizado interinamente, a todos los que las presentes vieren y entendieren, SABED: que en las Cortes generales y extraordinarias, congregadas en la ciudad de Cádiz, se resolvió y decretó lo siguiente: Atendiendo las Cortes generales y extraordinarias a las circunstancias particulares en que se haya el Seminario Conciliar de León de Nicaragua y a las ventajas que en lo general resultan a la nación de fomentar los establecimientos de educación pública, decretan: 1. En el Seminario Conciliar de León de Nicaragua se erigirá Universidad con las mismas Facultades de las demás de América”¹⁵.

Tan solo doce años antes, en 1800, la Universidad Nacional de Córdoba, erigida en 1622 como Universidad menor, por la Real Cédula de 1 de diciembre de 1800 del rey Carlos IV, se transformaba en Universidad mayor con el nombre de Real Universidad de San Carlos y de Nuestra Señora de Monserrate, con los privilegios de las demás Universidades de España e Indias, pudiendo otorgar grados mayores en Teología, Derecho y Artes¹⁶.

Por su lado, la naciente Universidad de León, de fundación real y patrocinio eclesiástico, era un apéndice de la diócesis de León y producto de la tradicional cultura académica de la Iglesia Católica de la península. La nueva Universidad debía regirse por las constituciones de la Universidad de San Carlos de Guatemala, erigida en 1676, que las había recibido de la

14. ZABALA Y LERA, P., *España bajo los borbones*, 5ª ed., Edit. Labor, Barcelona 1955, 261.

15. Cfr. BUITRAGO MATUS, N., *León. La sombra de...*, o.c., t. I, 411.

16. RODRÍGUEZ CRUZ, A.Ma., *Salamanca docet...*, o.c., 344.

Universidad de México, fundada en 1551, y ésta a su vez del alma mater de todas ellas, la Universidad de Salamanca¹⁷.

El mencionado Decreto de 10 de enero de 1812 establecía que el Consejo de Regencia de las Cortes de Cádiz ordenaría el plan con que se regiría dicha Universidad, para ello se debían recabar otros informes y dictámenes. Por su parte, el Fiscal del Consejo de Indias disponía que no se podía aprobar el Plan de estudios y la instalación de la nueva Universidad hasta que el obispo y la provincia dispusieran de los fondos necesarios para la debida dotación de los maestros y empleados de la Universidad, aumento de cátedras y fijación del plan de estudios apropiado, de modo que la naciente Universidad se uniformara con las “Universidades reformadas” de la Península.

Para ello, debía aumentar una Cátedra de Latinidad; componer el curso de Filosofía en tres cátedras: una de Lógica y Metafísica, otra de Filosofía Moral y la tercera de Matemáticas y Física Experimental; sustituir las cátedras de Teología Moral y Teología Escolástica por las de Lugares e Instituciones Teológicas; crear dos más de Instituciones Canónicas; enseñar las fuentes de Derecho Civil de los romanos y del Derecho Patrio (español) en las cátedras de Instituta Civil y Leyes; restablecer la de Liturgia Eclesiástica y fundar una de Concilios y otra de Leyes del Rey.

En aquel momento, el Seminario-Universidad Menor tenía las siguientes cátedras: Latinidad, Teología Moral, Teología Escolástica, Filosofía, Sagrados Cánones, Instituta Civil y Leyes (la de Medicina había vuelto a suprimirse por falta de fondos). Ante la insuficiencia de medios económicos y la consiguiente posibilidad de cierre de la misma, algunos catedráticos se ofrecieron a desempeñar gratuitamente sus cátedras.

Pero, una vez más, la fundación de la Universidad Mayor volvía a paralizarse no solo por las propias carencias, sino por los problemas políticos de la península, sumida en la Guerra de Independencia contra los franceses y la ausencia de la persona del Rey Fernando VII, que continuaba retenido junto con la familia real en Valençay (Francia).

Por su parte, las Cortes generales y extraordinarias de la Nación Española continúan con su actividad legisladora y el 19 de marzo de 1812 decretan la Constitución política de la Monarquía española, a la que el pueblo llano bautizó con el apelativo de la “Pepa” por haber sido sancionada el día de la solemnidad de San José.

La Constitución en su artículo 1º dispone que: “La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios”, y que, artículo 5º:

17. Ibidem, 455.

“Son españoles: Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos”. Artículo 7º: “Todo español está obligado a ser fiel a la Constitución, obedecer las leyes, y respetar las Autoridades establecidas”.

El artículo 10 fija el territorio de las Españas: “El territorio español comprende en la Península con sus posesiones e islas adyacentes, Aragón, Asturias, Castilla la Vieja, Castilla la Nueva, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Jaén, León, Molina, Murcia, Navarra, Provincias Vascongadas, Sevilla y Valencia, las islas Baleares, y las Canarias con las demás posesiones de África. En la América septentrional, Nueva España con la Nueva Galicia y península de Yucatán, Guatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, isla de Cuba con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo Domingo y la isla de Puerto Rico con las demás adyacentes a éstas y al continente en uno y otro mar. En la América meridional, la Nueva Granada, Venezuela, el Perú, Chile, provincias del Río de la Plata y todas las islas adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico. En el Asia, las islas Filipinas y las que dependen de su gobierno”¹⁸.

Los constituyentes de Cádiz, en su mayoría ilustrados, concedieron una importancia especial a la enseñanza. En el Título IX: “De la instrucción pública”, el artículo 366 ordena: “En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles”. Y en el artículo 368 se establecía: “El plan general de enseñanza será uniforme en todo el Reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las Universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas”¹⁹.

Como la tan esperada fundación de la Universidad de León de Nicaragua se retrasaba, las Cortes de Cádiz, el 19 de agosto de 1813, expidieron un nuevo Decreto señalando los puntos concretos que se debían cumplir. Mientras éstos se llevaban a la práctica se producían nuevos cambios en el convulsionado espacio político de la península.

El Rey Fernando VII retornaba a España. El 22 de marzo de 1814 penetraba en tierra española y era recibido por aclamación popular como “el deseado”. A primeros de abril, un grupo numeroso de diputados a Cortes absolutistas le enviaba desde Madrid el famoso “Manifiesto de los Persas”, indu-

18. SAINZ DE BARANDA, R., *Colección de leyes...*, o.c., 75-76.

19. *Ibidem*, 113.

ciéndole a la restauración del absolutismo monárquico.

El 4 de mayo, en Valencia, el Rey firmaba un Decreto por el que abolía la Constitución de 1812, disolvía las Cortes extraordinarias y ordinarias de Cádiz y anulaba toda la labor legislativa y las reformas que éstas habían llevado a cabo durante su ausencia²⁰.

En el Manifiesto de 4 de mayo de 1814, por el que abrogaba el Régimen Constitucional, Fernando VII disponía: “DECLARO que mi Real ánimo es no solamente no jurar ni acceder a dicha Constitución *ni a Decreto* alguno de las Cortes generales y extraordinarias, y de las ordinarias actualmente abiertas a saber: los que sean depresivos de los derechos y prerrogativas de mi Soberanía, establecidas por la Constitución y las leyes, en que de largo tiempo la Nación ha vivido sino el de declarar aquella Constitución y tales decretos, nulos y de ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás tales actos, y se quitasen de en medio del tiempo, y sin obligación en mis pueblos y súbditos de cualquier clases y condición a cumplirlos ni guardarlos”²¹.

En consecuencia, el Decreto de 10 de enero de 1812, por el que las Cortes generales y extraordinarias de Cádiz habían autorizado erigir una Universidad Mayor en León de Nicaragua y su establecimiento, que no se llegó a realizar por no reunir los requisitos necesarios, al ser anulado por el Manifiesto Real impedía en lo sucesivo cualquier intento de fundación de la Universidad. Todo quedaba en nada: “como si no hubiesen pasado jamás tales actos”, decía el Manifiesto. Ni *de iure* ni *de facto* se podía pretender ya la fundación de la Universidad.

Por eso, el dinámico e infatigable García Jerez, reinicia las gestiones enviando el 19 de octubre de 1814 un escrito a Fernando VII en el que consideraba de absoluta necesidad la creación de una Universidad Mayor en la provincia de Nicaragua.

Una Cédula Real de Fernando VII, de 5 de mayo de 1815, confirmaba la gracia pedida. De inmediato, García Jerez se aprestó a cumplir con los nombramientos, dotaciones, gastos, etc., que exigía la Real Cédula para la instalación de la Universidad²².

El 24 de agosto de 1816, habiéndose completado el Claustro de Profesores con el número de doctores exigido, se dio lectura al Decreto de 19 de agosto de 1813 y a la Real Orden de Fernando VII, de 5 de mayo de 1815, por la que se declaraba la instalación definitiva de la *Real Universidad de la*

20. ZABALA Y LERA, P., *España bajo los borbones*, o.c., 278.

21. *Ibidem*, 123.

22. ARELLANO, J. E., *La Bicentenario...*, o.c., 98.

Inmaculada Concepción de León de Nicaragua y se colocaba bajo la protección del Infante don Carlos María, hermano de Fernando VII. Se nombró Rector de la nueva Universidad a don Manuel López de la Plata y las primeras cátedras establecidas con rango universitario fueron: "Gramática, Moral, Latín, Teología, Filosofía, Derecho Civil y Canónico, y Medicina y Cirugía. La cátedra de Medicina, recién establecida, estaba dotada de 300 pesos anuales, que pagaban varios vecinos"²³.

A partir de esa fecha, la *Real Universidad de la Inmaculada Concepción de León de Nicaragua*, constituida oficialmente, comenzaría a desarrollar sus actividades académicas y administrativas siguiendo las pautas fijadas por su *alma mater*, la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Sin embargo, lo que nunca se consiguió fue la necesaria Cédula de erección. El 15 de enero de 1817, dice Arellano, el Rey había ordenado al Capitán General de Guatemala, Bustamante y Guerra, el envío del informe sobre la erección de la Universidad de Nicaragua, informe que era necesario para que el Consejo de Indias concediera la habilitación de algunos graduandos y el permiso para que la Universidad pudiese graduar a cuatro catedráticos pobres. Pero tal informe nunca llegó al Consejo de Indias y por este fallo burocrático, la Real Universidad de León no recibió la necesaria confirmación oficial de su erección. No obstante, en un informe posterior del reino de Guatemala recibiría una confirmación implícita, pues se decía: "conviene que así continúe"²⁴.

Instalada la Universidad, mandó hacer su propio escudo heráldico. En él destaca un castillo con tres torres, que representa el edificio universitario protegido por un león rampante en actitud de ataque, símbolo de la bravura e hidalguía con la que la ciudad ha sabido siempre defenderse. Su lema inicial fue: *Sic itur ad astra* (por este camino hacia las estrellas).

Por fin, la ciudad de León y la Provincia de Nicaragua veían cumplidas sus aspiraciones universitarias. Culminaban así muchos años de gestiones y esfuerzos económicos a los que dedicaron sus principales desvelos los eclesiásticos don Rafael Agustín Ayesta, don Tomás Ruiz y el obispo Nicolás García Jerez. Ellos fueron los auténticos fundadores de la Universidad de León de Nicaragua y merecedores de perpetua memoria.

En los inicios de la Real Universidad de la Inmaculada Concepción de León, cuatro eran las carreras que se cursaban en ella: Derecho Civil, Derecho Canónico, Teología y Medicina. En el Claustro de profesores había

23. Cfr. GUERRA, F., *La educación médica en Hispanoamérica y Filipinas durante el dominio español*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, Madrid 1998, 102.

24. ARELLANO, J.E., *La bicentenario...*, o.c., 105.

ocho doctores y los estudios se repartían en once cátedras a las que asistían 217 alumnos.

El 4 de abril de 1818, el Claustro de profesores agradecía oficialmente al licenciado don Miguel Larreynaga, ex alumno del Seminario de San Ramón Nonato, el inapreciable regalo de su biblioteca particular integrada por unos 3.000 volúmenes. Entre ellos se contaban todos los códigos de la legislación antigua y moderna de la Provincia, junto con los autores clásicos de Jurisprudencia, obras de literatura y humanidades, etc.

El prestigio que comenzó a tener la nueva Universidad aumentó considerablemente la proyección académica centroamericana, que había conseguido el Seminario-Colegio en su época de florecimiento con el Rectorado de Ayesta de 1787 a 1809. A sus aulas acudían un nutrido grupo de alumnos de El Salvador, Honduras y Costa Rica.

Al finalizar el dominio hispánico en 1821, la Universidad tenía once cátedras: Prima de Teología, Sagrada Escritura, Teología Moral, Prima de Leyes, Sagrados Cánones, Instituta, Medicina y Cirugía, Latinidad de Mayores, Latinidad de Menores, Prima de Filosofía y Secunda de Filosofía.

La dotación total de la Universidad para el pago de los titulares de las cátedras era de 1900 pesos anuales, que procedían de los fondos propios, de las cajas reales y de donaciones privadas, por ejemplo los 300 pesos de la cátedra de Medicina y Cirugía que pagaban varios vecinos de la ciudad de León, de acuerdo con el compromiso que habían contraído hasta 1822. A pesar de ello, estos ingresos eran insuficientes para pagar los costes de las once cátedras y del mantenimiento de los gastos generales de la Universidad, de aquí que a principios del año de la independencia sufriera una primera interrupción.

Con la llegada de la independencia se produce en el ambiente estudiantil universitario una inquietud extraacadémica que bajo expresiones sonoras de libertad, derechos del pueblo, etc., comenzó a revolucionar a la población y a fomentar movimientos de protesta.

La independencia de 1821, dice Buitrago Matus: "en vez de ser bandera de paz y fraternidad que uniera a los hijos de Nicaragua en elevados entusiasmos de libertad y amor para formar una patria noble y digna de la bondad de sus hijos; fue más bien un grito de odio y exterminio entre ellos por el trivial motivo de la sede del poder"²⁵.

La quiebra de la estabilidad política y de la autoridad civil y militar acarreada por la independencia trajo consigo rivalidades entre las dos "muy

25. BUITRAGO MATUS, N., *León. La sombra de...*, o.c., t. II, 80.

nobles ciudades": León, sede del Gobernador Intendente y de la jefatura de poder, y Granada, que esgrimía que por haber sido fundada con anterioridad a la de León, reclamaba el privilegio de no recurrir en sus contiendas judiciales a la ciudad de León.

La decisión del Brigadier, don Gabino Gainza, Presidente de la Junta Provisional Consultiva de Guatemala, de ordenar, al comunicar la independencia de España, la creación de la Provincia de Granada con una Junta independiente de la de León, provocó el enfrentamiento abierto entre las dos ciudades. Ninguna de ellas quería ser jerárquicamente inferior a la otra y se desata entre ellas la más enconada rivalidad local, que degenera en una guerra civil en 1824. Nicaragua se convierte en Oriente y Occidente.

La Universidad, que había conseguido su reapertura, funcionó durante 1823 y parte de 1824, en que la guerra civil impidió el desarrollo de su actividad. Se volvería a abrir pero la nueva guerra entre Argüello y Cerda (1827-1829), interrumpiría una vez más el desarrollo de sus labores.

El ejercicio de la enseñanza requiere un ambiente de paz y de orden basado en el respeto mutuo entre gobiernos y gobernados. El desarrollo cultural de Nicaragua ha estado sometido a los avatares de la historia patria, que se puede dividir en un antes y un después de la independencia.

En la primera etapa, con la disciplina de la metrópoli y la tutela de la Iglesia, se desarrolla un tranquilo y acomodaticio modo de vida: es, dice Buitrago Matus, "la época clásica de trabajo metódico y pacífico que logró el milagro de formar, con una raza todavía en proceso de mezcla, una sociedad estable y feliz; y, fue así como se formó en ella, una silueta de risueñas esperanzas, que esbozaban el panorama de una cultura... que hizo surgir en 1816, la gloriosa y fuerte Universidad de León. Después, cuando Nicaragua rompe las ligas que la unían a la madre patria y se hace libre, independiente y soberana, cae en la anarquía". "Acostumbrado el pueblo, continúa Buitrago Matus, al respeto de una autoridad lejana, que reverenciaba en la persona de un rey invisible, al sentirse desvinculada de ella, no admitía la respetabilidad de poderes fabricados ante sus ojos. Toda autoridad resultaba débil y efímera", y, "el siglo XIX se hizo tormentoso y atormentado" y, obscureció con el humo de sus fusiles fratricidas las excelsas luces que ya brillaban en el cielo de la patria"²⁶.

En 1829, un Decreto Federal declaraba que la Nación no reconoce Órdenes religiosos ni la perpetuidad de sus votos, y ordenaba la abolición de los establecimientos monásticos del Convento de la Orden franciscana, de los

26. Ibidem, 237-238.

Recoletos, de los Hermanos de San Juan de Dios, que regentaban el Hospital de Santa Catalina, y el de la Merced, y se declaraban propiedad del Estado todos sus bienes. El mismo Decreto disponía que: las Casas Conventos de los Monasterios serán destinados por el Gobierno, con acuerdo del Consejo, a fines de enseñanza o beneficencia pública.

Durante la guerra de Argüello y Cerda, entre 1827 y 1829, la Universidad volvió a interrumpir sus actividades. En 1831, un Decreto de la Asamblea Federal restablecía su plena actividad con ejercicio propio de autonomía. Años después, la Universidad, en 1847, adoptó el Reglamento de la Universidad de San Carlos Borromeo de Guatemala en cuanto a distintivos, vestuario y borlas. En la enseñanza, además de las cátedras tradicionales de Filosofía, Teología, Medicina y ambos Derechos, se enseñaba Inglés y Francés.

En 1848, por iniciativa de varios profesores se creó el Protomedicato, una institución que reorganizaría los estudios de Medicina. En la década de los sesenta, el Protomedicato dividió la enseñanza de la Medicina en cuatro cátedras dotándolas de instrumentos quirúrgicos, bancos anatómicos, etc. En 1862, el Plan de Arbitrios de la ciudad de León disponía que para sacar el título correspondiente se debía pagar una tasa para contribuir a los fondos de la Universidad. Así, cada médico, cirujano o farmacéutico "al cumplir con el deber de presentar el título o licencia a la Municipalidad, pagará cinco pesos si es nicaragüense, y diez siendo de fuera".

La enseñanza universitaria experimenta una nueva reglamentación a fines de la década de los sesenta con el Decreto de 22 de mayo de 1867, en el que se determinaban las materias de las cuatro Facultades: Ciencias y Letras, Medicina, Derecho y Teología, quedando sujetas la organización de cada una de ellas a estatutos particulares.

Pero una vez más, la vida de la Universidad se vería interrumpida por la revolución de 1869 organizada en León para derrocar al Gobierno de Fernando Guzmán. Éste, una vez que sus fuerzas sofocaron el movimiento armado, en represalia mandó clausurar la Universidad. Ésta decisión, se dijo, no fue más que la venganza de un jefe poderoso que castiga a los vencidos en lo más apreciado de sus sentimientos: la instrucción.

Sin embargo, en los leoneses, acostumbrados a la vida social universitaria, surge una rebeldía heredada, dice Buitrago Matus, del espíritu de acero de Pedrarias Dávila, y cada catedrático, doctor o licenciado, como si todos se hubieran puesto de acuerdo, abrió las puertas de sus casas para continuar con la enseñanza de la juventud.

Por su parte, el Obispo don Manuel Ulloa y Calvo, que acababa de ser

nombrado Obispo de León en 1868, hizo valer la condición canónica de la Universidad, alegando que la supresión había sido más un atropello despótico que una disposición legal y, apostando por la continuidad de la Universidad, asumió la Rectoría, que según los Sagrados Cánones le correspondía, convocó el Claustro de profesores, cambió el nombre de Universidad por el de Academia de Ciencias de León y continuó confiriendo títulos académicos. Algo después, volvió a cambiar de nombre y se llamó Academia Universitaria de Occidente y Septentrión.

Al comienzo de la década de los setenta, el estado de la Instrucción Pública era lamentable. La mayor parte de las escuelas estaban bajo las Direcciones de Estudios, se debían atrasos muy considerables a los profesores, las escuelas carecían de muebles y útiles de enseñanza y muchos de los profesores no desempeñaban su cargo con interés.

Bajo la administración del General don Pedro J. Chamorro (1875-1879), la Instrucción Pública de Nicaragua comenzó una época nueva. El Decreto Legislativo de 8 de marzo de 1877 declaraba que: "La instrucción pública para los niños de ambos sexos de 5 a 14 años es gratuita y obligatoria", y el 20 de septiembre del mismo año de 1877 se promulga el Reglamento de Instrucción Primaria.

También el Gobierno del General Chamorro se preocupó de la Enseñanza Superior o Universitaria, sometiendo a las Cámaras un proyecto de ley, cuyo artículo primero decía: "Se establece una Universidad en León y otra en Granada"; y a continuación se dictaban los Estatutos de las mismas. Por su parte, el Ministro de Instrucción Pública presentaba el proyecto con estas palabras: "Es urgente restablecer las antiguas Universidades, o bien una sola, pero con una nueva organización; crear recursos que permitan al Gobierno sostenerlas en buen pie, y dotarlas con suficiente número de profesores competentes y el material necesario para la enseñanza". El Congreso aprobó la ley.

En 1879, el Presidente Joaquín Zabala, reestructura legalmente la Universidad en Decanatos y cuatro Facultades: Ciencias y Letras, Derecho, Medicina y Farmacia y Ciencias Naturales. A pesar de estas reglamentaciones, la Universidad continuó desnortada con una actividad mediocre e irregular. Así la describe Alfonso Ayón: "Entre 1871 y 1880, durante los intervalos, a veces largos, en que no funcionaba aquí ningún establecimiento de intermedia, y en que la Universidad continuaba sin brújula, dieron las clases gratuitas, con autorización oficial, en sus casas o en las piezas desocupadas de San Ramón, San Francisco y la Merced (pues estos dos últimos edificios esta-

ban frecuentemente habitados por familias y talleres) varios profesores cuyos nombres deben recordarse"²⁷.

La reestructuración que aprobó, en la ley de 1879, el Presidente Zabala tampoco pudo ponerse en práctica, pues no teniendo el Estado recursos suficientes y careciendo el país de profesores especializados, se vio obligado a aplazar el cumplimiento de la misma en la que, entre otras disposiciones, se ordenaba el establecimiento de dos Universidades, una en León y otra en Granada.

Sería en 1887 cuando el Presidente Evaristo Carazo aprobó un Decreto por el que se reestructuraron los estudios de la Universidad, adoptando como base el modelo napoleónico o profesionalizante, asumido por el resto de las Universidades latinoamericanas. La Universidad orientaba sus enseñanzas a la demanda de los profesionales que necesitaba el funcionamiento del Estado y la oligarquía dominante. Limitó sus facultades a Medicina y Derecho, no pudiendo establecer las de Farmacia y Ciencias Naturales como proponía el plan de Zabala, si bien los estudios de Medicina y Cirugía, al igual que los de Derecho, cobraron mayor firmeza. En general se consolidó el espíritu universitario, identificado con la vida intelectual de la ciudad.

El provechoso gobierno del presidente Carazo finalizó con su inesperada muerte, y le sucedió el Dr. Don Roberto Sacasa. Durante su mandato, la Universidad continuó con su vida normal hasta que fue derrocado del poder por una revolución en 1893, sucediéndole en el poder una Junta de Gobierno. Una nueva revolución se levanta en León en ese mismo año y se hace con el poder de la Junta, convoca una Asamblea Constituyente y nombra Presidente al General don José Santos Zelaya para el periodo de 1894 a 1898.

La nueva administración liberal del Presidente Zelaya lleva a cabo una reforma universitaria a fondo con un plan de estudios siguiendo la mentalidad liberal de la nueva Constitución Política, promulgada el 10 de diciembre de 1893, que no solo declara laica la enseñanza sino que adopta otras medidas laicistas como la supresión del estudio de latín, como si el castellano no tuviera nada que ver con el latín, lengua materna y fuente de sabiduría que, junto con la Filosofía, formaban y alimentaban la mentalidad universitaria; también se hizo desaparecer toda intervención eclesiástica en la enseñanza, como si ésta, igualmente, no tuviera nada que ver con la labor culturizante de la Iglesia desarrollada durante siglos.

"Esta reforma, dice Buitrago Matus, acabó de un solo golpe la configuración externa que anteriormente había tenido la Universidad y que tan brillan-

27. ARELLANO, J.E., *La Bicentenario...*, o.c., 159-160.

tes resultados había producido en las distintas generaciones egresadas de sus aulas: Sacerdotes, Médicos, Abogados, etc.”²⁸

La sede de la Universidad, que inicialmente fue la del Seminario de San Ramón, situado frente al costado sur de la Catedral de León, contiguo al Palacio Episcopal, a finales del siglo XIX continuaba en el mismo local en que la reabrió el Presidente don Evaristo Carazo. A su muerte, el Presidente Zelaya la trasladó de lugar e incluso llegó a cerrarla en 1896 como una sanción a la revolución que estalló en León contra él, capitaneada por el elemento liberal descontento por el giro dictatorial que había adoptado el Presidente.

Reconciliados el Presidente y sus adversarios, reabre la Universidad y por iniciativa del Ministro de Instrucción Pública, don Joaquín Sansón, se consigue en 1899 el traslado al antiguo convento de la Merced, en donde actualmente sigue estando su sede central: el Paraninfo, la Rectoría, Vice-rectoría, Auditorio Ruiz-Ayestas y la Biblioteca central de la UNAN-León.

En esta etapa, impera en la Universidad de León una ideología liberal, que se aprecia en los catedráticos y los egresados de la misma, y una orientación profesionalista que, siguiendo el modelo napoleónico de Facultades, continuó orientando la enseñanza universitaria. Por su parte, los estudiantes se mantenían al margen de las revueltas y de los cambios en la política del país. Procuraban llevarse bien con sus directivos y profesores, criticaban las huelgas y lo que más les interesaba era salir con su título bajo el brazo conseguido con las mejores calificaciones.

Después de la revuelta libero-conservadora que, apoyada por el gobierno norteamericano, derrocó en 1910 al régimen liberal de J. Santos Zelaya y de la *guerra de Mena* en 1912, que motivaron el cese de las actividades universitarias, se reinician nuevamente en enero de 1913 con sus anteriores organizaciones y planes de estudios, consiguiendo funcionar de forma más o menos regular en los años sucesivos.

IV. LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE NICARAGUA

Una fecha histórica para la hasta entonces Universidad de Occidente y Septentrión, es la del 27 de marzo de 1947, en la que por el Decreto Ejecutivo n° 446, el Presidente de la República, General Anastasio Somoza García, la eleva a Universidad Nacional. Dice el mencionado Decreto: “Artículo 1. Créase la Universidad Nacional de Nicaragua con sede en la ciudad de León”. A partir de esa fecha, comenta Jorge Eduardo Arellano: “La Universidad de

28. BUITRAGO MATUS, N., *León. La sombra de...*, o.c., t. I, 446.

León se convertía en Universidad Nacional de Nicaragua (UNN), conservando estos elementos: dependiente en forma directa del Ejecutivo, servil con el partido y las autoridades de gobierno, ajena a los problemas nacionales; en fin, cerrada a la innovación”.

Poco después, el Presidente Somoza García firmaba, el 16 de abril de 1955, el Decreto Ejecutivo n° 10 en el que se reglamentaba el escudo, la bandera, la insignia y el anillo universitario del Primer Centro de Estudios de la República, la Universidad Nacional de Nicaragua.

En 1953 se inicia el Proceso de la Autonomía promovido por el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales (CEJYS), propulsor del movimiento estudiantil que reclamaba la autonomía docente, económica y administrativa como un problema nacional. En 1957 es nombrado Rector de la Universidad Nacional el Dr. Mariano Fiallos Gil, que puso como condición para su aceptación el que se le diera libertad para nombrar a los profesores y miembros de su equipo de gobierno y que el Estado se comprometiera al otorgamiento de la autonomía universitaria.

El movimiento de la Autonomía Universitaria culminó el 25 de marzo de 1958 con la aprobación del Decreto n° 38, “Decreto de la Autonomía Universitaria”, por el Presidente de la República, Ingeniero Luis Somoza Debayle. Desde ese momento la Universidad pasó a llamarse *Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN)*.

El cambio en la orientación ideológica de los nuevos directivos de la Universidad motivó la sustitución del lema latino de la vieja Universidad, *Sic itur ad astra*, por el comprometido y progresista de *A la libertad por la Universidad*, lema que mantiene en vigor hasta la actualidad.

El 23 de julio de 1959, la Universidad se cubre de luto por la matanza de varios estudiantes masacrados por la Guardia Nacional con motivo de una marcha de protesta convocada por los estudiantes universitarios, y la participación de estudiantes de secundaria, que protestaban por la Masacre de Chaparral (22 de junio) y la detención de varios estudiantes. El sepelio de los estudiantes asesinados fue seguido de días de manifestaciones y protestas por toda la ciudad.

En 1962, a los 150 años de la fundación de la Universidad, la Junta Universitaria de la UNAN declaró todo el año como “El Año del sesquicentenario de la Universidad de Nicaragua”. El día 10 de enero se celebró el acto académico central de la conmemoración al que asistieron los Rectores de las Universidades nacionales. En el discurso de inauguración el Rector de la

29. ARELLANO, J.E., *La bicentaria...*, o.c., 166.

UNAN, Dr. Mariano Fiallos Gil, refiriéndose a la agitada historia de la Universidad de Nicaragua afirmó: "...Y así, dando saltos en décadas y décadas, entre las pasiones de los caudillos republicanos, la Universidad, sin embargo, hizo lo que pudo por defender la Libertad, que es el primero de todos los dones... Debemos desterrar los exclusivismos de raza, religión o creencias políticas, ya que la Universidad es una corporación de valores en la que se reflejan libremente las inquietudes humanas... Fortalecer la autonomía universitaria y, sobre todo, la autonomía del espíritu, la más valiosa de todas, sin dogmatismos religiosos o políticos, porque ellos constituyen el mayor impedimento para la convivencia humana y el desarrollo de sus aspiraciones"³⁰.

Como cabía esperar, desde su creación, la Universidad ha estado muy ligada al acontecer nacional y ha participado directamente en el cambio social y político de la nación desempeñando su papel de conciencia crítica del país. En la década de los años 60 y 70, muchos de los estudiantes de la UNAN-León se alistaron en las filas de la guerrilla revolucionaria del Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN).

En el año 1966, la autonomía universitaria fue elevada a rango constitucional bajo el rectorado del Dr. Carlos Tünnermann, iniciándose a partir de ese año una etapa de transformación y modernización. La Universidad conseguía una asignación no menor del 2% del Presupuesto General de la República, cantidad que le garantizaba no solo su desenvolvimiento académico sino también la disponibilidad de unos recursos financieros propios.

En ese mismo año, el 19 de julio de 1966, la UNAN-León compró un extenso terreno al sur de la capital al que se le bautizó *Recinto Universitario Rubén Darío (RURD)*. En él se fueron instalando gradualmente todas las Facultades y Escuelas de Managua, según se fueron construyendo los pabellones, gracias a la financiación de la Corporación Nicaragüense de Inversiones (CNI).

A finales de la década de los 70, debido a la insurrección de 1978-1979 encabezada por el FSLN, se suspendieron las clases en la Universidad. Varios universitarios, alistados en el FSLN murieron en la lucha contra la dictadura somocista hasta el triunfo de la Revolución Sandinista el 19 de julio de 1979.

En 1982 la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional (JGRN) aprobó el Decreto n° 1036, del 29 de abril, por el que se dividía a la UNAN en dos campus, separando el nuevo de Managua del de León. A partir de entonces, se llaman UNAN-León y UNAN-Managua, ubicados respectivamente en

30. *Ibidem*, 20.

León y en la capital Managua. El lema de ambas es: *¡A la Libertad por la Universidad!* y comparten el mismo escudo y la bandera de franjas horizontales en colores rojo, amarillo y azul.

En la actualidad, la UNAN-León se rige por la Ley 89 de Autonomía de las Instituciones de Educación Superior, su reforma del año 1990 y los Estatutos de 1992.

Entre los años 1992 y 2005 se origina en Nicaragua el "Movimiento estudiantil del 6%", que provocó marchas pacíficas y violentas en Managua en contra de los Gobiernos de Violeta Chamorro, Arnoldo Alemán y Enrique Bolaños, para exigir que el dinero aprobado por el Estado para la Universidad no quedara congelado en el 6% del Presupuesto General de Ingresos de la República sino que aumentara año con año. Después de violentos enfrentamientos entre alumnos y sindicatos contra la policía nacional en los que llegó a producirse muertos y heridos, el presupuesto del Consejo Nacional de Universidades (CNU) aumentó de 183 millones de córdobas en 1995 a 670 millones en 2003.

A partir de 1994, con el liderazgo del nuevo Rector, Dr. Ernesto Medina Sandino (1994-2006), se inicia un proceso de Reforma universitaria que se plasmó en la elaboración del Proyecto Educativo de la UNAN-León que, partiendo de la redefinición de los principios y valores institucionales, se preocupa de la elaboración de nuevos planes de estudio, del diseño de metodologías activas, del aprendizaje, la práctica profesional, las tutorías a los estudiantes, la experiencia, la integración de la docencia-investigación-extensión para la formación integral y humanista de los estudiantes, fundamentada en los avances científicos y tecnológicos, la conciencia social, el desarrollo de la democracia, respeto de los derechos humanos, la ética y la moral.

En 1998 se lleva a cabo el cambio del Plan de estudios, con la introducción del *Año Común* obligatorio para todos los estudiantes que ingresan en la UNAN-León, que se incorpora a los planes regionales del Consejo Superior Universitario Centroamericano (CSUCA), pionero en el proceso de integración centroamericana. Con este Año Común se intentaba recuperar la concepción unitaria de la Universidad, antes diversificada por el excesivo énfasis profesional.

En la última década, se ha realizado una ampliación en la oferta de estudios, abriéndose nueve programas académicos, que conducen a otras tantas licenciaturas, casi todos ellos con la asesoría y cooperación académica de Universidades extranjeras, principalmente españolas.

Actualmente, en la UNAN-León existen siete Facultades y un Programa: Facultad de Ciencias Médicas (Medicina, Psicología, Bioanálisis Clínico);

Facultad de Ciencias de la Educación y Humanidades (Inglés, Trabajo Social, Ciencias Naturales, Matemática Educativa y Computación, Comunicación Social, Enfermería Profesional); Facultad de Odontología; Facultad de Ciencia y Tecnología (Biología, Química, Matemática, Estadística, Ingeniería en Sistemas de Información, Ingeniería Telemática, Ingeniería Acuícola, Ingeniería Agroecológica Tropical, Actuarios y Financieras); Facultad de Ciencias Químicas (Farmacia, Ingeniería de Alimentos); Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Derecho); Facultad de Ciencias Económicas, Empresariales y Turismo (Economía, Administración de Empresas, Contaduría Pública y Finanzas, Mercadotecnia, Gestión de Empresas Turísticas). Programa de Medicina Veterinaria.

Además, la UNAN-León posee cuatro Centros Universitarios Regionales (CUR): CUR-Madriz, Sede Somoto; CUR-Jinotega, Sede Jinotega; CUR-Chinandega, Sede Somotillo; CUR-Río San Juan, Sede San Carlos.

En los albores de su tercer centenario, comenzado el Curso académico del año 2015, la Real *Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua-León* con el horizonte despejado, un alumnado en continuo ascenso y una excelente plantilla de profesorado, camina bajo la experta dirección de su Rector magnífico, MSc. Octavio Guevara Villavicencio, hacia el logro de su lema universitario: *Ad libertatem per Universitatem* (A la libertad por la Universidad).

APUNTES SOBRE LA TEORIA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y LA DECISION DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO REFERIDO A LA OBLIGACION DE JUZGAR O EXTRADITAR (Bélgica c. Senegal)

Hortensia D.T. GUTIÉRREZ POSSE (Argentina)*

Miembro del IHLADI

RESUMEN: La traba de una controversia es presupuesto inexcusable del ejercicio de la jurisdicción por un Tribunal, sea éste interno o internacional. En ese sentido, la Corte Internacional de Justicia, antes de conocer en el fondo de un caso que se le somete, ha de verificar si se dan una serie de presupuestos procesales referidos a la existencia de un diferendo, a su jurisdicción y al hecho de que quienes son las partes tienen un interés para accionar; presupuestos -todos éstos- que han de emerger de las tratativas directas que hubiesen llevado a cabo. Estos presupuestos constituyen límites al ejercicio de la función judicial sobre los cuales sólo corresponde a la instancia jurisdiccional examinar y decidir, tomando procedente la ausencia el planteo de una excepción a la jurisdicción del Tribunal.

PALABRAS CLAVE: Corte Internacional de Justicia. Competencia contenciosa. Los principios generales de derecho como derecho a aplicar por el Tribunal. Las tratativas directas como presupuesto al ejercicio de la jurisdicción.

SUMARIO: I. Introducción. II. Los presupuestos procesales y la existencia de controversia. III. Las tratativas directas y la traba de controversia. IV. El caso. V. A modo de colofón

I.- INTRODUCCIÓN

La jurisdicción, en tanto que capacidad de decir el derecho de un tercero en modo vinculante para las partes, sólo cabe que sea ejercida una vez que se han cumplido una serie de presupuestos de tipo procesal; entre los cuales se cuenta la traba de una controversia. Es decir que, frente a una materia deter-

* Profesor emérito - U.B.A

minada, partes -también determinadas- sostienen posiciones antitéticas. Y esto es así en derecho, sea éste interno o internacional. Una vez más cabe advertir la existencia de un principio general de derecho -en la especie en el ámbito del derecho procesal- que, siendo reconocido por las naciones civilizadas, constituye una de las fuentes formales a través de las cuales se crean las normas del derecho internacional.

La existencia de una controversia como un presupuesto procesal en el ámbito del derecho internacional es particularmente relevante puesto que, al ser el ejercicio de la jurisdicción de naturaleza voluntaria, la traba de aquélla resulta inexcusable para que opere la capacidad de decir el derecho que se hubiese otorgado al tercero; bien sea por las partes ante un caso de especie que las opone, bien sea en modo anticipado al surgimiento del diferendo en una cláusula de un tratado que las vincula en relación a la interpretación o aplicación de alguna de sus disposiciones o, aún, mediante la declaración unilateral de aceptación de una jurisdicción para conocer en materias determinadas, estableciendo -o no- el tiempo por el que se la reconoce, con relación a otra parte que haya hecho una declaración idéntica.

Este presupuesto procesal y su alcance -en tanto se verifica a través de tratativas directas entre las Partes- han sido puestos de relieve reiteradamente por la Corte Internacional de Justicia al conocer en la solución de una diferencia que le haya planteado un Estado Miembro de las Naciones Unidas, otorgándole a su ausencia el carácter de una excepción a su jurisdicción.

En ese sentido, en los párrafos que siguen se considerará primero la existencia de una controversia, en tanto que presupuesto procesal proveniente de los sistemas de derecho interno, se examinarán luego las tratativas directas, como vía para -en su caso- cristalizar la controversia, y finalmente se señalará lo invocado al respecto por las partes y lo resuelto por el principal órgano judicial de las Naciones Unidas; en particular, en el caso llevado a su conocimiento por Bélgica contra Senegal sobre una *Cuestión concerniente a la obligación de juzgar o extraditar*, decidido el 20 de julio de 2012.

II. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y LA EXISTENCIA DE UNA CONTROVERSIA

El ejercicio de la jurisdicción -en tanto que capacidad de decir el derecho- implica, siempre, la existencia de una controversia con relación a la cual una de las partes en una relación jurídica peticiona ante un tercero que se le reconozca un derecho que considera violado. Es decir que para que la jurisdicción

pueda ser ejercida han de darse una serie de presupuestos procesales¹ que la condicionan. Estos presupuestos son los requisitos imprescindibles a la existencia de una relación jurídica procesal que conduzca a una sentencia, sea ésta favorable o desfavorable a la pretensión, y están referidos a la jurisdicción, a las partes, y al objeto procesal. Por ende, entre ellos se cuenta, precisamente, la existencia de la controversia². Así, una demanda ante una instancia jurisdiccional requiere individualizar la pretensión, verificándose con su traba las partes, el objeto procesal y las respectivas posiciones.

La pretensión comportará, necesariamente, la invocación del conflicto entre intereses de dos sujetos distintos, constituyendo la circunstancia elemental del fenómeno jurídico puesto que el interés en la composición de los diferendos por parte de una comunidad dada puede considerarse la razón misma de la existencia de un ordenamiento jurídico, siendo la administración de justicia una vía para lograrla. De este modo existiría una relación entre derecho y justicia y cuando el conflicto de intereses fuese compuesto a través de una decisión de un órgano jurisdiccional se habría gestado una nueva relación jurídica entre quienes mantenían posiciones antitéticas en relación con una materia determinada; uno habrá visto reconocido su derecho en tanto que el otro tendrá claramente señalada su obligación. Derecho y obligación, siempre como dos caras de una misma moneda; en la especie, referidos a un concreto diferendo que los oponía. Así, en doctrina se sostiene que un derecho o una obligación sin sujeto o sin objeto serían absurdos y que la lógica del conflicto estriba en que los sujetos son dos en tanto que el objeto es uno sólo³.

De este modo, la existencia de una controversia -como presupuesto procesal al ejercicio de la jurisdicción- requiere la evidencia de la voluntad de uno de los sujetos exigiendo la subordinación del interés del otro al interés propio y la resistencia de este último a la pretensión. Sólo cuando esto ocurre cabe considerar que se está en presencia de un diferendo en el que el inicial conflicto de intereses ha evolucionado configurando un conflicto de voluntades. Y es recién en este punto cuando ante la existencia del litigio, si cabe, correspondería acudir a un mecanismo procesal para lograr su composición juzgando de qué parte están, respectivamente, el error y la razón. El litigio es, enton-

1. La teoría de los presupuesto procesales fue expuesta por primera vez por Oscar von Bülow, *La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales*, 1868, citado por Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar Soc. Anon., Editores, 1956. t. I, p. 49

2. Francisco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, tr. Alcalá-Zamora y Castillo y Sentís Melendo, Santiago, Buenos Aires, UTEHA Argentina, 1944, t. I, pp. 16 y sigs.; conf. Piero Calamandrei, Giuseppe Chiovenda,

3. F. Carnelutti, *op.cit.*, p. 37

ces, un presupuesto del proceso en el que existen dos sujetos distintos y en el que una de la partes pretende algo mientras que la otra resiste esa pretensión ⁴.

La traba de la controversia da lugar, así, a la posibilidad de que se acuda ante una jurisdicción solicitando la tutela del derecho que se ha negado ante lo cual el contrario podrá defenderse, reiterando la negativa, o excepcionarse, alegando una razón impeditiva o modificativa del ejercicio de la acción.

El diferendo exige una pareja de sujetos en la que cada uno es una parte en relación con un objeto que las opone, correspondiendo a uno de ellos la iniciativa que el otro, si fuese procedente, habrá de soportar ⁵. El primero es el sujeto activo que se considera titular de un derecho que le ha sido denegado. De allí que la pretensión que deduce sea la manifestación de su voluntad de que el interés ajeno se subordine al propio en lo que hace a un objeto determinado en razón de una causa también determinada; y todo ello, para que la jurisdicción a la que se acude se pronuncie en una sentencia sobre la verdad de su posición. Por lo tanto, para triunfar en la demanda se requiere una norma jurídica que avale su pretensión así como la calidad de parte de uno y otro en tanto el uno es el titular del derecho y el otro el obligado ⁶.

Ahora bien, para acudir a la jurisdicción interponiendo una demanda para que el juez acuerde o deniegue en la sentencia el derecho alegado, decidiendo la controversia, resulta innegable que se requiere la existencia misma de la controversia sin la cual no habría proceso ⁷.

De este modo no basta la interposición de una pretensión ante una jurisdicción para que se dé una relación procesal entre las partes sino que han de

4. *ibid.*, t. II, pp. 4 y sigs.

5. *ibid.*, pp. 53-64.

6. Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar S.A. editores, 1956, t. I, pp. 384 y sigs., quien, citando a Ihering, agrega como tercer elemento a considerar el interés, si se entendiese a éste como la medida de la acción.

7. Véase en *ibid.* pp.404-408 el desarrollo histórico del proceso civil a partir del proceso romano con la ulterior influencia del proceso germano y la elaboración de los glosadores, dando lugar a la formación de principios generales de derecho procesal que recepta como una de sus fuentes el derecho internacional; conf., *Estatuto C.I.J.*, art. 38 l.c.; en doctrina véase entre otros Louis Delbez., *Les principes généraux du droit international public*, 3ème. éd., Paris, L.G.D.J., 1964, pp.48, donde el autor señala que a su juicio se originan en el derecho interno, son aceptados por la conciencia universal y representan un *jus gentium* en tanto que un derecho nacional uniforme para las naciones civilizadas; Dominique Carreau, *Droit International*, Paris, Pedone, 1986, pp.265 y sigs., donde el autor ejemplifica expresando que los ámbitos a los que generalmente se aplican están referidos a las reglas de interpretación de los tratados -similares a las de interpretación de los contratos-, a la responsabilidad internacional -tanto en la obligación de reparar como en el alcance de la indemnización-, a la administración de justicia -el juez es juez de su propia competencia, no puede fallar *ultra petita*, no puede ser juez y parte, el que afirma prueba -*actori incumbit probatio*-, las decisiones deben ser motivadas, los jueces han de ser independientes; G. Ripert, "Les règles du droit civil applicables aux rapport internationaux", *R.C.A.D.J.*, 1933-II, pp. 646 y sigs.

concurrir ciertos requisitos que tienen el carácter de presupuestos procesales, dando lugar la ausencia de uno de ellos al planteo de una excepción, también procesal, que oponga el sujeto a quien se demanda; uno de ellos es, precisamente, la traba de la controversia.

Ahora bien, para que ella quede trabada es necesario que una de las partes considere que la conducta de la otra no se adecua a lo dispuesto en una norma jurídica que los vincula, habiéndose violado -a su entender- un derecho específico que le es propio. En este punto, si lo considerase pertinente, formulará un requerimiento al contrario de lo que entiende como la obligación incumplida, señalándole su posición; requerimiento que habrá de ser expreso, categórico y preciso. Esta interpelación con relación a un objeto determinado a quien considera deudor de la obligación, exigiéndole la conducta debida y señalando el comportamiento que no considera ajustado a derecho, fundando su posición, podrá dar lugar a que quien la recibe modifique su comportamiento, admitiendo por tal vía la interpretación sostenida por el contrario, o bien podrá ser rechazada ya sea expresándose que nada cabe ventilar entre ambos, ya sea fundándose ese rechazo en lo que considera la interpretación adecuada en derecho a la cuestión. A partir de este último momento quedaría trabada la controversia en razón del intercambio de las respectivas posiciones sobre una materia determinada, configurándose así uno de los presupuestos procesales necesarios para requerir de una jurisdicción el amparo del derecho que se juzgó violado; y ello, se trate de una instancia interna o de una internacional como se verá a continuación.

III. LAS TRATATIVAS DIRECTAS Y LA TRABA DE LA CONTROVERSIDA

En el ámbito del derecho internacional también se entiende por controversia un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses, entre dos personas ⁸. Aún cuando no exista una norma que obligue a solucionar toda controversia, la única vía admitida es la pacífica ⁹ y tanto en la voluntad de alcanzar una solución como en la elección del método para llegar a ella ha de concordar la voluntad de las partes, quienes pueden elegir entre los denominados métodos diplomáticos, los jurisdiccionales, u optar por cualquier otro de su elección.

Ahora bien, al igual que en los ordenamientos internos, en todo supuesto, un requisito previo al recurso en justicia está dado por el hecho de que haya

8. C.P.J.I., *caso de las concesiones Mavromatis en Palestina*, Série A, n° 2, p. 11

9. *Carta O.N.U.*, art. 2. 3

operado la vía diplomática; esto es, que se hayan entablado negociaciones entre las partes que, por cierto, pueden brindar la solución al litigio pero que, en todo caso, constituirán la oportunidad en la que el contacto directo que se establece permitirá precisar el objeto de la diferencia y las posiciones antitéticas que sostienen. Es decir, que a través de la negociación ha quedado trabada la controversia y, en su caso, verificado que no se ha logrado una solución por esta vía. Recién en este punto, ante el fracaso de las tratativas directas, si correspondiese en razón de la voluntad de las partes ¹⁰, podría acudir a la instancia jurisdiccional ¹¹.

Así -sea en el ámbito interno que en el internacional- sólo cabe el dictado de una sentencia si está referida a un caso concreto, con relación al cual existe un litigio real que implica un conflicto de intereses jurídicos entre quienes son las partes ¹². Por ende, antes de conocer el Tribunal en el fondo de un caso que se le somete han de darse una serie de presupuestos procesales referidos a la existencia de un diferendo, a su jurisdicción y al hecho de que quienes son las partes tienen un interés para accionar. Estos presupuestos constituyen límites al ejercicio de la función judicial sobre los cuales sólo corresponde a la instancia jurisdiccional examinar y decidir ¹³.

La existencia del diferendo recién surgirá con claridad de las negociaciones que hayan entablado las partes. El intercambio de opiniones revelará la esencia de las diferencias que las oponen y la posición que cada una sostiene y, si el contacto directo no condujese a la solución, será el precursor de otros procedimientos que pudiesen entender pertinentes ¹⁴. Esto es que, para que un caso sea admisible ante una jurisdicción ha de mediar un diferendo sobre el

cual corresponda pronunciarse y aquél que lo introduzca ha de tener un interés en que lo que considera su derecho sea protegido ¹⁵.

En consecuencia, la negociación, sea a través del diálogo directo, sea a través del intercambio de notas y propuestas ¹⁶, es condición previa necesaria para que opere una jurisdicción ¹⁷ ya que es a través de ella que el objeto del diferendo queda definido con claridad.

Esta regla de la negociación previa comporta el deber de llevarla adelante de buena fe ¹⁸, imponiendo a los Estados una obligación de consulta y de tratativas en relación con todo diferendo que pudiese surgir entre ellos, lo que -de no lograrse una solución- permitiría cristalizar los puntos, las más de las veces difusos, de la cuestión que los opone, definiendo el objeto del diferendo ¹⁹. La duración de este deber de negociar de buena fe ²⁰ no es indefinida ya que, de otro modo, un Estado podría paralizar a voluntad el recurso al tercero bajo el pretexto de que no se ha cumplido plenamente. La lógica indica que habrá de perdurar durante un período razonable en función de las circunstancias concretas del caso, pero que en definitiva será siempre el tercero quien decidirá al ser juez; juez de su propia competencia. Por cierto, su ausencia será una razón impeditiva del ejercicio de la acción puesto que no habrán quedado claramente determinadas las partes, el objeto de las diferencias y las respectivas posiciones. Es decir que, sin haberse trabado la controversia mal puede haber proceso.

La interposición de una pretensión ante una jurisdicción en la ausencia de negociaciones en las que se hubiesen formulado los requerimientos sobre lo que se entiende la obligación incumplida podría dar lugar al planteo de una excepción.

Sin embargo, siempre quedaría el interrogante de determinar si la regla se aplicaría a Estados que no mantienen relaciones diplomáticas o, aún, en los

10. La Corte Internacional de Justicia sólo puede ejercer su jurisdicción con relación a un Estado si media su consentimiento, C.I.J., *caso del oro amonedado tomado en Roma en 1943*, *Recueil*, 1954, p.32, en el que reitera una jurisprudencia en este sentido bien establecida por su predecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional y receptada ahora como norma en su *Estatuto*, art. 36. 1.

11. C.P.J.I., *caso de las concesiones Mavromatis en Palestina*, *Série A*, n° 2, p. 15 en el que la Corte afirmó que antes de que un diferendo sea el objeto de un recurso en justicia, la materia sobre la que versa debe haber sido definida con claridad a través del diálogo diplomático.

12. C.I.J., *caso del Camerún septentrional*, *Recueil* 1963, pp.33-34.

13. *Ibid.*, p. 29, en el que la Corte expresó que no siempre estaba obligada a ejercer su jurisdicción puesto que hay límites a la función judicial que la Corte, como Tribunal, ha de tener siempre en cuenta. Y agregó que puede haber incompatibilidad entre, por una parte, el deseo de quien demanda y, por la otra, el deber de la Corte en razón de su carácter judicial, correspondiendo a ella y no a las partes velar por la integridad de la función judicial; véase de Charles de Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966.

14. Malcon N. Shaw., *International Law*, 2nd. ed., Cambridge, Grotius Publications, Limited, 1986, p. 499.

15. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2nd.ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 465-467.

16. L.A. Podestá Costa, Jose Maria Ruda, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, tea, 1984, t. 2, pp. 385-386.

17. Nguyen Quoc, Dinh, Patrik Daillier, Alain Pellet, *Droit International Public*, 3ème. ed., Paris, L.G.D.J., 1987, pp.719 y sigs.

18. Lucius Cafflish., "Cent ans de règlement pacifiques des différends interétatiques", *R.C.A.D.I.*, 2002, pp. 262, 275-276.

19. C.P.J.I., *caso de las concesiones Mavromatis en Palestina*, *Série A*, n° 2, pp. 13-15

20. C.I.J., *caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos), sentencia del 20-II-1969; C.I.J., *Recueil* 1969, para. 87; *caso de la Competencia en materia de pesquerías*, (Reino Unido c. Islandia) (República Federal de Alemania c. Islandia), fondo, sentencia del 25-VII-1974, *C.I.J.*, *Recueil* 1974, pp.3, 175; para. 78, respectivamente 65-69.

supuestos en que uno de ellos rechaza en modo persistente negociar ²¹. Una respuesta a estas situaciones podría ser que, en aras de la solución pacífica de los diferendos, siempre un tercero podría ofrecer sus buenos oficios a fin de intentar aproximar a las Partes para instaurar o reabrir un diálogo positivo entre ellas ²².

La Corte Internacional de Justicia, en su jurisprudencia, ha señalado en reiteradas oportunidades que sólo ha de ejercer su jurisdicción cuando medie la voluntad concordante de las partes a quienes opone una controversia que a través de negociaciones no han podido solucionar.

IV. EL CASO

El presupuesto de una negociación llevada de buena fe que, sin embargo, ha fracasado -como revelador de un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos Estados- ha sido considerado una vez más por la Corte Internacional de Justicia en el caso iniciado por Bélgica contra Senegal, referido al alcance de la obligación de juzgar o extraditar contenida en los arts. 6.2 y 7.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la que, en el art. 30, establece la jurisdicción de este tribunal para las controversias que surjan entre Estados parte con respecto a la interpretación o aplicación de este tratado que no pudiesen solucionarse mediante negociaciones.

En su respuesta a la presentación de Bélgica, Senegal sostuvo que no existía una controversia entre ambos Estados por lo que la Corte carecía de jurisdicción. El tribunal expresó que al sostener una y otra Parte posiciones antitéticas sobre la existencia de controversia y su objeto debía recordar que, precisamente, la existencia de controversia es condición de su jurisdicción por lo que este aspecto del caso llevado a su conocimiento debía ser el primero que iba a considerar ²³.

21. M. Bourquin, "Dans quelle mesure le recours à des négociations préalables est-il nécessaire avant qu'un différend puisse être soumis à la juridiction internationale?", *Hommage d'une génération de juristas au président Basdevant*, Paris, 1960, pp. 43-58; P. Reuter, "De l'obligation de négocier", *Comunicazioni e Studi*, vol. 14, 1975, pp. 711-733; N-E., Ghazali, "La négociation diplomatique dans la jurisprudence internationale", *Revue Belge de droit International*, vol. 25, 1992, pp. 323-350.

22. Lucius Caffish, *op.cit.*, pp. 262, 275-276.

23. C.I.J., *Cuestión concerniente a la obligación de juzgar o extraditar*, (Bélgica c. Senegal) sentencia del 20-VII-2012, para. 45.

En ese sentido, la Corte recordó su jurisprudencia en casos precedentes según la cual, con el objeto de establecer si existe una disputa, debe verificar en modo objetivo -a través del examen de hechos- que la pretensión de una parte es claramente opuesta por la otra. Asimismo señaló que, en principio, la controversia ha de existir al momento en que el caso es llevado a su conocimiento ²⁴.

En la especie, antes de iniciar la demanda, Bélgica había requerido a Senegal por Notas Verbales, en varias ocasiones, que cumpliera la obligación de extraditar o juzgar a una persona que se encontraba en su territorio acusada de haber cometido actos de tortura. En ese intercambio diplomático Senegal sostuvo que estaba cumpliendo con las disposiciones de la Convención ya que sus normas otorgan al Estado parte cierta flexibilidad con relación al tiempo en que han de tomarse las conductas. A la luz de este diálogo directo entre las Partes, la Corte entendió que existía una controversia entre ellas sobre la interpretación y aplicación de los arts. 6.2 y 7.1 de la Convención contra la Tortura, la que subsistía al momento de interponerse la acción ²⁵.

Sobre la base del mismo criterio, el tribunal desestimó otra solicitud de Bélgica por la que pedía que se declarase que Senegal violaba el derecho consuetudinario al no juzgar a la misma persona por crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio. En efecto, en el intercambio de Notas al que ya se había referido la Corte nada se había mencionado al respecto por lo que no podía sostenerse que sobre este punto existiese una controversia. A mayor abundamiento el Tribunal agregó que la cuestión de si existe una obligación para un Estado en derecho internacional consuetudinario de juzgar crímenes que habría cometido un extranjero fuera de su territorio es claramente distinta de las obligaciones de un Estado en virtud de la Convención contra la Tortura y suscita cuestiones jurídicas bien diferentes. La Corte concluyó que al tiempo de la interposición de la demanda la controversia entre las Partes no se refería a violaciones de obligaciones del derecho consuetudinario, por lo que carecía de jurisdicción para resolver al respecto, debiendo examinar sólo la referida a los arts. 6.2 y 7.1 de la Convención contra la Tortura ²⁶.

Ahora bien, a continuación la Corte señaló que otra condición para el ejercicio de su jurisdicción en relación con la controversia estaba dada por la existencia de negociaciones entre las Partes con el objeto de resolverla ya que de acuerdo a su jurisprudencia el prerequisite de negociación sólo se cumple

24. *ibid.*, para. 46.

25. *ibid.*, para. 52.

26. *ibid.*, para. 54-55.

cuando éstas han existido y han fracasado, se han revelado fútiles o han llegado a un punto muerto, no obstante existir una intención genuina por una de ellas de llevarlas adelante en miras a resolver el diferendo²⁷. En este punto, el Tribunal recordó que el requisito de que una disputa no puede resolverse a través de negociaciones no ha de entenderse como refiriéndose a una imposibilidad teórica de llegar a acuerdo sino que implica que no existe ninguna razonable posibilidad de que de continuarse las negociaciones conducirían a una solución²⁸.

En la especie la Corte precisó que se había intercambiado correspondencia y se habían llevado a cabo reuniones entre las Partes, referidas al caso del Sr. Habré, cuando Bélgica insistió en que Senegal debía cumplir con la obligación de juzgarlo o extraditarlo. Este país expresamente indicó que estaba actuando en el marco del proceso negociador contemplado en el art. 39 de la Convención contra la Tortura en la Notas Verbales dirigidas a Senegal el 11 de enero de 2006, el 9 de marzo de 2006, el 4 de mayo de 2006 y el 20 de junio de 2006. A juicio del Tribunal surgía el mismo enfoque de un informe enviado por el Embajador Belga en Dakar el 21 de junio de 2006 en relación con una reunión mantenida con el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores de Senegal. En este contexto precisó que Senegal no había objetado la caracterización como negociaciones efectuada por Bélgica en relación con este intercambio diplomático.

Si se tiene en cuenta la posición de Senegal, según la cual no estaba de acuerdo con la extradición pero tenía dificultades para avanzar hacia el juzgamiento, a pesar de lo cual sostenía que estaba cumpliendo con sus obligaciones en virtud de la Convención (Nota Verbal del 9-V-2006) las negociaciones no mostraban ningún progreso en la solución de la disputa. Y esto fue lo que observó Bélgica en la Nota Verbal del 29 de junio de 2006. Es decir, agregó la Corte, que no había ningún cambio en las respectivas posiciones de las Partes en lo que hacía al juzgamiento del Sr. Habré por los alegados actos de tortura durante el periodo al que se referían los intercambios a los que se había hecho referencia precedentemente. El hecho de que, a la luz de las presentaciones de las Partes ante el Tribunal, sus respectivas posiciones no habían variado, confirmaba a su juicio que las negociaciones no habían conduci-

27. C.I.J., caso de la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial (Georgia y Federación Rusa, Objeciones Preliminares, Sentencia del 1-IV-2011, paras.157, 159).

28. C.I.J., caso el Sud Oeste Africano (Etiopía v. Sud Africa, Liberia v. Sud Africa) Objeciones Preliminares, I.C.J., Reports 1962, p. 345.

do, ni habían podido conducir, a una solución del diferendo, por lo que entendió que la condición contenida en el art. 30. 1 de la Convención, según la cual la disputa no hubiese podido solucionarse por negociaciones, estaba cumplida²⁹.

La Corte, asimismo, señaló que en lo que se refería a someter al arbitraje el diferendo sobre la interpretación del art. 7 de la Convención contra la Tortura, Bélgica, en la Nota Verbal del 20-VI-2006, había puesto de relieve que las negociaciones iniciadas en noviembre de 2005 no habían tenido éxito. Esta Nota, al igual que la efectuada con similar alcance el 8-V-2007, no merecieron respuesta por parte de Senegal. La falta de acuerdo en la organización del arbitraje emergía, entonces, de la ausencia de respuesta del Estado al que se le había formulado la proposición³⁰. Por ello, en razón de que habían transcurrido más de dos años entre la iniciación de este litigio y la época en que se había formulado la propuesta de llevar el caso al arbitraje, la Corte consideró que -también en este punto- estaba cumplido otro recaudo contenido en el art. 30. 1 de la Convención contra la Tortura para que quedara abierta la posibilidad de acudir ante sus estrados³¹.

En consecuencia, el Tribunal decidió por unanimidad que tenía jurisdicción para conocer en la controversia relativa a la interpretación y la aplicación del art. 6.2 y del art. 7.1 de la Convención, desestimando los argumentos de Senegal sobre esta cuestión.

V. A MODO DE COLOFON

La existencia de una controversia, en razón del intercambio de las respectivas posiciones entre las Partes sobre una materia determinada, es el recaudo necesario a la apertura de una instancia jurisdiccional y ello sólo se puede verificar a través de un diálogo directo o de un intercambio de notas que comporten una negociación llevada a cabo de buena fe con el objeto de lograr una solución al litigio que las opone.

La negociación es, así, el presupuesto procesal inexcusable para abrir la jurisdicción a las presentaciones de las Partes. El pedido a un Tribunal para que acuerde o deniegue en la sentencia el derecho que se alega decidiendo la controversia, resulta innegable que requiere la existencia misma de la controversia sin la cual no habría proceso. Esto es, que hayan quedado claramen-

29. C.I.J., Cuestión concerniente a la obligación de juzgar o extraditar, (Bélgica c. Senegal) sentencia del 20-VII-2012, para. 59.

30. *ibid.*, para. 61.

31. *ibid.*, para. 63.

te definidas las Partes y las posiciones antitéticas que sostienen en relación con un objeto determinado.

La falta de tratativas directas en las que se hubiesen formulado los requerimientos y en las que quien los recibió los hubiese rechazado, fundándose en lo que considera la interpretación adecuada del derecho alegado, es razón impeditiva del ejercicio de la acción puesto que no se habrían determinado ni el objeto del diferendo ni las respectivas posiciones de quienes son las Partes. Es decir que, al no haberse trabado la controversia, mal podría haber proceso.

La ausencia de constitución en mora de quien se considera deudor de una obligación, en el ámbito interno, o la carencia de invitación a negociar a quien se entiende que no adecua su comportamiento a la norma, en el ámbito internacional, impiden que se intente abrir una instancia jurisdiccional interponiendo ante ella una pretensión. El Juez -interno o internacional- sólo cabe que se pronuncie frente a una concreta controversia, donde las Partes, el objeto y las respectivas posiciones estén claramente definidas.

La interpelación con relación a un objeto determinado a quien se considera deudor de la obligación, exigiéndole la conducta debida y señalando el comportamiento que no se considera ajustado a derecho, dará lugar a que quien la recibe modifique su comportamiento o bien si la rechazase, fundándose en lo que considera la interpretación adecuada de la cuestión, habrá posibilitado que los términos del objeto del diferendo y las posiciones antitéticas hayan quedado determinados, configurándose con claridad la controversia.

Tal como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia en su jurisprudencia, y lo reitera en el caso que aquí se comenta, no cabe incoar un negocio jurídico ante sus estrados sin indicar el objeto de la controversia y las partes; esto es, sin haberse llevado a cabo las tratativas directas de las que, además, surgirán las respectivas posiciones; pudiéndose interpretar -en algún supuesto- que la ausencia de respuesta del Estado al que reiteradamente se le ha formulado la proposición de negociar implica su falta de acuerdo en la organización de una solución.

Las negociaciones son, entonces, un presupuesto procesal inexcusable, tanto en los ámbitos internos como en el ámbito internacional, puesto que a través de ellas, cuando fracasasen en la búsqueda de buena fe de una solución, habrá quedado trabada la controversia y expedita la vía jurisdiccional.

Buenos Aires, septiembre 2014

EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LA POSESIÓN EFECTIVA DEL TERRITORIO A LA LUZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN (España)*
Asociado IHLADI

1. El reciente panorama jurisprudencial internacional nos ha traído a la palestra una interesante cuestión en el ámbito de los contenciosos territoriales, cuál es la existencia de pequeñas islas y rocas, carentes en principio de interés económico y estratégico para los Estados, a las que las nuevas normas del Derecho del Mar les han otorgado un valor añadido de importancia decisiva para la determinación de los distintos espacios marítimos; lo que ha hecho surgir el debate acerca de cuáles son los requisitos necesarios para el establecimiento de la soberanía territorial sobre tales formaciones marítimas de difícil o nula habitabilidad, y, en consonancia, retomar la vigencia del clásico principio de relatividad de la posesión efectiva del territorio.

Especialmente relevantes son, a este respecto, las recientes sentencias de la Corte Internacional de Justicia dictadas en los asuntos relativos a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, fondo (2001), a la *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia, 2002), a la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe* (2007), la *Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge* (Malasia/Singapur, 2008), y a la *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia, 2012).

2. Recordemos, en este sentido, que es el artículo 121 de la *Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar* de 10 de diciembre de 1982 el que determina el concepto de isla, al tiempo que establece la distinción entre islas y rocas tomando para ello como criterio la existencia o ausencia de aptitud "para mantener habitación humana o vida económica propia". Debemos

* Profesora Titular de Derecho internacional público (acreditada a Catedrática). Universidad Complutense de Madrid (anagema@ucm.es).

advertir, no obstante, que tal diferenciación cobra sentido únicamente en el marco de la delimitación marítima a los efectos de proyectar o no la zona económica exclusiva y la plataforma continental, pero que la misma resulta inoperante cuando afrontamos un contencioso territorial, en la medida en que tanto una como otra formación marítima –extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de esta en pleamar– son susceptibles de apropiación, tal y como ha reconocido la Corte Internacional de Justicia en su reciente sentencia de 19 de noviembre de 2012, en el asunto relativo a la *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia):

“It is well established in international law that islands, however small, are capable of appropriation” (pár.26).

Resultando que, por contra, las elevaciones de bajamar, los bajíos descubiertos no son susceptibles de adquisición territorial, quedando sometidos a la soberanía del Estado en cuyo mar territorial se encuentran –si fuera el caso– (*Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, fondo, 2001, párs.205-206).

3. Con relación, pues, a la determinación de cuáles sean los concretos requisitos necesarios para el establecimiento de soberanía territorial sobre pequeñas islas y rocas debemos, primeramente, recordar el conocido *dictum* emitido por el juez Max Huber en el asunto de la *Isla de Palmas*, según el cual, ‘el ejercicio continuo y pacífico de autoridad sobre un territorio determinado constituye un buen título’. Y ello, en la medida en que, ante la ausencia de un título jurídico válido, o bien ante la imperfección de este –tal y como se nos plantea en los asuntos mencionados anteriormente–, son las efectivas las que se erigen en el título de atribución de soberanía territorial a retener, tal y como recoge al respecto una jurisprudencia internacional ampliamente consolidada.

4. En esta línea, para adquirir válidamente un título de soberanía sobre un territorio basándose en la posesión efectiva del mismo, el Derecho internacional exige la confluencia de dos elementos, el *animus* y el *corpus*; esto es, la intención de actuar como soberano, y el despliegue de autoridad sobre dicho territorio mediante el ejercicio continuo y pacífico de funciones de Estado –lo que conocemos como *efectividades*–. Ambos elementos han quedado suficientemente asentados por la jurisprudencia internacional. Baste reseñar a este respecto lo dispuesto por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto relativo al *Estatuto jurídico de Groenlandia Oriental*:

“A claim of sovereignty based not upon some particular act or title such as a treaty of cession but merely upon continued display of authority, involves two elements each of which must be shown to exist: the intention and will to act as sovereign, and some actual exercise or display of such authority” (PCIJ, *serie A/B*, n.º 53, 1933, p.63).

Resulta, pues, imperativo para fundamentar un título territorial de posesión efectiva que se establezca una cierta relación entre el sujeto y el objeto, que el primero actúe eficazmente sobre el segundo. No se trata, por tanto, de la mera presencia física de un Estado sobre el territorio, sino del mayor despliegue posible de actos soberanos que demuestren el control del mismo. De esta forma, la existencia de soberanía territorial aparece ligada a las manifestaciones de su ejercicio, erigiéndose éste como elemento constitutivo por el cual la soberanía se adquiere y se mantiene. Por eso, lo que realmente interesa, a efectos de atribución de soberanía, son los actos a través de los cuales se despliega esta; esto es, se exige la manifestación de actividades estatales que supongan el ejercicio de competencias soberanas.

5. A la luz de la jurisprudencia internacional en la materia resulta, no obstante, que no existe una ‘actividad tipo’ que acredite sin más la posesión, de tal forma que realizada sobre el territorio en cuestión suponga automáticamente la atribución de la soberanía sobre el mismo; esto es algo que debe valorarse en cada caso concreto. Aunque sí podemos afirmar que no basta con un único acto, sino que es necesario el despliegue de todo un conjunto; al tiempo que es imperativo que se trate de actos realizados en nombre y por cuenta del Estado y a título de soberano –ya sean órganos de la administración central, territorial o local–. Resultando totalmente inoperante la actividad desplegada sobre el territorio por parte de particulares a título privado; la jurisprudencia sobre este punto es contundente y uniforme: *Isla de Aves* (1865), *Grisbârdarna* (1909), *Dubai/Sharjah* (1981), *Isla de Kasikili/Sedudu* (1999) o *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (2001).

Cabría entonces referirse, entre otros, al desarrollo de actividad: legislativa que tuviera por objeto el territorio en cuestión; al despliegue de fuerzas armadas y policiales en el mismo; al ejercicio de jurisdicción civil y penal con relación a los actos acontecidos en el territorio; a la recaudación de impuestos; a los actos de registro, tanto de inmuebles, como de actividades públicas desarrolladas en el territorio de que se trate (bodas, nacimientos, defunciones...); todos ellos son algunos de los actos que la Corte ha valorado positiva-

mente como probatorios de posesión efectiva. Si bien, lo verdaderamente importante es el carácter indiscutible o prioritario de la prueba presentada.

6. Ahora bien, si cierto es que la efectividad juega un papel fundamental tanto para la adquisición como para el mantenimiento del título de soberanía territorial, imprescindible resulta igualmente la valoración del comportamiento de todos aquellos otros Estados que eventualmente reclamen asimismo ostentar un título de soberanía sobre el territorio en cuestión. En este sentido, con relación a la evaluación de la conducta recíproca de las Partes en liza, entran en juego dos componentes.

Por un lado, la valoración de los posibles actos de posesión efectiva de todas las partes en presencia a los efectos de establecer la comparativa entre dichos actos y determinar quién de las partes presenta la mejor prueba; esto es, cuál de los dos Estados ha ejercido un control más efectivo del territorio.

Por otro, la eventual posibilidad de falta de protesta, de aquiescencia, por parte de alguno de ellos; pues, ante una situación concreta de hecho o de derecho respecto de la cual existen pretensiones concurrentes y contradictorias por parte de dos Estados distintos, el comportamiento de uno de ellos nunca es irrelevante para el otro, especialmente cuando la conducta de un Estado impone al otro la obligación de protestar si estima que afecta un derecho propio, y no lo hace. Resultando así que ante un despliegue de autoridad estatal sobre un territorio en disputa por parte de uno de los Estados reclamantes, la falta de protesta del otro ante dicha actividad se erige en el elemento clave para la atribución de la soberanía para el primero.

Por tanto, no es la posesión efectiva, sin más, la que otorga el título de soberanía sobre un territorio, sino la ecuación “efectividades + comportamiento de la otra parte” -bien, por presentar una menor prueba o una prueba menos concluyente; bien por aquiescencia-.

7. Si bien lo anteriormente expuesto es la regla general a retener en los contenciosos territoriales sustanciados en base a la posesión efectiva, debemos hacer notar que la exigencia de posesión efectiva del territorio a través de la materialización de un continuo y pacífico ejercicio de funciones estatales puede y debe *relativizarse* en atención a las particulares características del territorio en disputa; tales como, la naturaleza del territorio, la habitabilidad o no del mismo, su carácter inhóspito, su climatología... Resultando que, en tales supuestos, se produce una importante reducción en la exigencia de prueba de soberanía, de tal forma que pocos actos de soberanía desplegados por un Estado sobre un territorio en disputa pueden ser suficientes para demos-

trar la posesión efectiva del mismo. Es lo que conocemos como el *principio de relatividad de las efectividades*.

Las zonas polares, los desiertos, las áreas montañosas, las anegadas por las lluvias o que sufren inundaciones endémicas quedan claramente comprendidas en este contexto. Pero no solo estas, también las pequeñas islas deshabitadas y las rocas, a las que nos hemos referido al inicio de esta exposición, constituyen “situaciones territoriales particulares” igualmente sometidas al citado principio de relatividad, que trae como consecuencia que un pequeño pero decisivo acto de soberanía sea suficiente para crear un título válido de posesión efectiva.

8. La relativización de la posesión efectiva es un principio ampliamente respaldado por la jurisprudencia internacional, siendo fundamental en su consolidación la *práctica arbitral*, en la medida en que fue quien inicialmente tuvo ocasión de pronunciarse al respecto. En esta línea, la primera proclamación expresa de la vigencia de esta relatividad la encontramos en el citado asunto de la *Isla de Palmas*, al manifestarse el juez Max Huber en el sentido de que las manifestaciones de soberanía asumen, ciertamente, diferentes formas de acuerdo a las condiciones de tiempo y lugar. La intermitencia y discontinuidad compatible con el mantenimiento del derecho difiere, necesariamente, según las regiones concernidas estén habitadas o deshabitadas, o sean o no accesibles. Resultando que al decidir sobre el fondo del asunto, el árbitro tuvo en cuenta el carácter pequeño y alejado de la isla para atribuir el título de soberanía a Países Bajos, a pesar del escaso número de actos estatales acreditados y de la discontinuidad de los mismos.

9. No obstante, hemos de indicar que no fue esta la primera vez que se aplicó esta relativización de la posesión efectiva en un contencioso territorial. El primer precedente lo encontramos en el asunto de la *Isla de Aves* (1865), donde el árbitro -la Reina Isabel II de España- tuvo en cuenta que se trataba de una isla sometida a inmersiones temporales, lo que le llevó a afirmar la imposibilidad de su habitación permanente. De esta forma, el establecimiento en la isla de un destacamento armado y la concesión para la extracción de guano constituyeron prueba suficiente del dominio de Venezuela sobre la misma. Muy pocos fueron los actos de soberanía desplegados por Italia en la zona disputada en el *Alpe de Cravairola* (1874), pero suficientes a juicio del tribunal para demostrar posesión efectiva a la luz del carácter inhóspito y escarpado del terreno. De igual manera, los actos de balizaje, de medición del mar e instalación de un barco-faro realizados por Suecia en la isla de

Grisbådarna (1909) sirvieron para acreditar ante la Corte Permanente de Arbitraje su posesión efectiva de la misma.

10. En esta misma línea, la jurisprudencia arbitral posterior se ha mantenido fiel en la aplicación de este principio de relatividad de la efectividad. Tal ha sido el caso de la *Isla de Clipperton* (1931) donde el árbitro -el Rey Víctor Manuel III de Italia- exigió menos aún para acreditar la posesión francesa de la misma; de hecho, una simple acta declarando la soberanía de Francia sobre Clipperton, redactada a bordo de un barco que realizaba estudios geográficos de la zona situado a media milla de la costa de la isla sin llegar nunca a tocar tierra, fue considerada como prueba suficiente para hacer surgir la soberanía francesa y ello, a pesar, de que a este acto no siguió ninguna otra manifestación de soberanía más. El principio de relatividad de la efectividad ha sido igualmente objeto de aplicación en el asunto del *Rann de Kutch* (1968) en el que el tribunal arbitral tuvo en cuenta que se trataba de un territorio que permanecía la mayor parte del tiempo sumergido bajo las aguas acumuladas durante la época de lluvias, por lo que era imposible la ocupación permanente del mismo. Consideración similar fue la retenida en el caso de *Dubai/Sharjah* (1981).

11. Más interesante, a los efectos de la presente exposición, resulta el asunto de *Eritrea /Yemen* (fase I) centrado en la atribución de la soberanía territorial de un grupo de pequeñas islas situadas en el Mar Rojo; no solo por ser más reciente y el último que localizamos en la jurisprudencia arbitral aplicando este principio de relatividad, sino también porque resulta sumamente ilustrativo de la inclusión de las pequeñas islas o islotes como "situaciones territoriales particulares" sometidas al mismo. En el laudo de 9 de octubre de 1998, que resuelve el contencioso, el tribunal afirma que la exigencia de posesión efectiva del territorio a través de la materialización de diversos actos de soberanía estatal debe "are tempered to suit the nature of the territory and the size of its population, if any"; para recordarnos después, expresamente, que "it is well known that the standard of the requirements of such activity (display of functions of State) may have to be modified when one is dealing, as the present case, with difficult or inhospitable territory" (*ILR*, vol. 114, p.69, pár.239, y p.118, pár.452, respectivamente). Esta última afirmación viene referida concretamente a la isla de Jabal al-Tayr y al grupo de las Zubayr, que el tribunal entiende sometidas a la soberanía territorial de Yemen. El fundamento de dicha soberanía se basa tan sólo en dos tipos de actividades: la construcción de faros y la celebración de acuerdos petrolíferos.

12. También la *jurisprudencia judicial* ha tenido ocasión de manifestarse con relación al principio de relatividad de la posesión efectiva. Célebre es el *dictum* de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto relativo al *Estatuto jurídico de Groenlandia Oriental*:

"It is impossible to read the records of the decisions in cases as to territorial sovereignty without observing that in many cases the tribunal has been satisfied with very little in the way of the actual exercise of sovereign rights, provided that the other State could not make out a superior claim. This is particularly true in the case of claims to sovereignty over areas in thinly populated or unsettled countries" (PCIJ, *serie A/B*, n°53, 1933, p.46).

En aplicación de este principio de relatividad, pocos actos de autoridad realizados por Dinamarca en Groenlandia -fundamentalmente, la realización de una inspección a la costa oriental, la autorización de expediciones científicas, el otorgamiento de permisos a particulares, la subvención a expediciones de caza, y diversa legislación relativa al conjunto de la isla concerniente a la división administrativa del territorio y a los límites de sus aguas territoriales - fueron suficientes para la Corte a los efectos de otorgarle el título de soberanía territorial, habida cuenta que se trataba de una zona ártica, de bajas temperaturas, poco poblada, de difícil acceso y con frecuentes tormentas, lo que la convertía en una región de difícil establecimiento.

13. No obstante, desde este conocido *dictum* de 1933 de su predecesora, la Corte Internacional de Justicia no había tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicabilidad del principio de relatividad de la posesión efectiva en contenciosos territoriales, sino hasta una época relativamente reciente; siendo los cinco asuntos mencionados al inicio de esta exposición los que constituyen el corpus jurisprudencial de la CIJ en relación con esta materia. El dilatado lapso de tiempo transcurrido desde la jurisprudencia internacional a la que nos hemos referido, ya clásica en la materia, y estos recientes asuntos de la Corte, confiere un valor añadido a los mismos, en la medida en que nos sirven como termómetro para valorar si siguen plenamente vigentes, tanto el principio de relatividad de la efectividad, como los parámetros que rigen la aplicación del mismo; o si, por el contrario, se ha producido algún cambio o inflexión al respecto.

Además, se da la circunstancia añadida de que todos ellos tienen un denominador común: en todos la Corte ha tenido que decidir sobre la atribución de soberanía territorial sobre pequeñas islas deshabitadas o de difícil habitabilidad y/o rocas; esto es, existe la coincidencia de tratarse del mismo tipo de

“situación territorial particular”-según los términos anteriormente referidos-, lo que incrementa el interés de este cuerpo jurisprudencial, máxime la trascendencia que estas formaciones marítimas tienen, como ya hemos señalado, en el marco de la subsiguiente delimitación de espacios marítimos.

14. El primer pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia con relación a la relatividad de la efectividad lo encontramos en la sentencia de 16 de marzo de 2001, en el asunto de la *delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein, fondo* (Qatar c. Bahrein); en concreto, con relación a la formación marítima denominada Qit'at Jaradah. Tras resolver la atribución de soberanía territorial de las Islas Hawar y la Isla Janan, la Corte afronta la calificación jurídica de esta pequeña formación marítima, según lo estipulado en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, concluyendo que se trata de una isla en el sentido del artículo 121; al tiempo que considera a Fasht ad Dibal como elevación de la bajamar en los términos del artículo 13.1 de dicha Convención.

Calificadas las formaciones marítimas menores existentes en esta zona, corresponde determinar su soberanía. Resulta significativo que la decisión acerca de la atribución territorial de Qit'at Jaradah y Fasht ad Dibal no haya sido abordada por la Corte en la sección relativa a las cuestiones territoriales, que sería su ubicación natural; con esta traslación entendemos que ha querido poner de manifiesto esa importante interrelación que existe entre el derecho territorial y el derecho del mar, sobre todo cuando se trata de determinar la soberanía de islas, a la que venimos refiriéndonos desde el inicio de esta exposición. Sobre este particular, la Corte dictamina la soberanía de Bahrein sobre Qit'at Jaradah al retener de forma positiva los escasos actos llevados a cabo por éste: construcción de balizas, perforación de pozos artesanos, una concesión petrolífera y la autorización de colocación de trampas para peces.

15. A este respecto, la Corte se cuestiona la fuerza probatoria que pudiera plantearse con relación a los sistemas de ayuda a la navegación como actos realizados a título de soberano. No obstante, entiende la Corte la excepcionalidad que existe sobre el valor de este particular tipo de actividad cuando se trata de “pequeñas islas”, lo que le lleva a afirmar que,

“... taking into account the size of Qit'at Jaradah, the activities carried out by Bahrain on the island must be considered sufficient to support Bahrain's claim that it has sovereignty over it” (pár.197).

Toma, como apoyo de su decisión, el citado *dictum* de la Corte Permanente de 1933. Resulta, así pues, que esta decisión enlaza y mantiene claramente la línea argumental de la jurisprudencia anterior con relación a la relatividad de la posesión efectiva.

16. Destaca igualmente este asunto por las consideraciones que realiza la Corte en relación con la posibilidad de que un Estado pueda, por vía de apropiación, adquirir la soberanía sobre una elevación de la bajamar cuando esta se sitúa al mismo tiempo en los límites del mar territorial de otro Estado. Tanto el derecho convencional como la práctica guardan un respetuoso mutismo sobre el particular. A este respecto, la Corte opera una simple deducción: si las islas y los bajíos no reciben el mismo trato en el conjunto de reglas de Derecho del Mar, no es lógico asimilarlos en el ámbito de la atribución territorial. Por lo que no puede, pues, concluirse la ‘territorialización’ de las elevaciones de la bajamar.

17. Apenas un año y medio después, la Corte vuelve a resolver sobre la atribución del título de soberanía territorial con relación a unas pequeñas islas deshabitadas: *Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*; asunto que enfrentó a Indonesia y Malasia. Ligitan es una isla de dimensiones reducidas situada a unas 21 millas náuticas de la isla de Borneo, constantemente emergida y arenosa; mientras que Sipadan es una isla de vegetación baja, en la que existen algunos árboles, pero que no está habitada de manera permanente. A la vista de las anteriores descripciones, no hay duda que las dos merecen la calificación de islas y no de bajíos; si bien, ambas se caracterizan por su escasa superficie y por no estar habitadas de manera permanente. Ciertamente es que, a este respecto, la Corte no distingue si se trata de islas o de rocas. Y no lo hace porque no es labor que se le haya encomendado, pues se trata solo de un contencioso territorial y no de un litigio sobre delimitación de espacios marítimos. Por lo que la posición de la Corte al respecto es absolutamente correcta.

En este orden de ideas, la Corte sí se plantea, en cambio, la dificultad inherente a los territorios despoblados o escasa o periódicamente poblados a los efectos de determinar la posesión efectiva de dichas islas, toda vez que había excluido la pertinencia de los distintos títulos jurídicos invocados por las Partes. A este respecto, la sentencia de 17 de diciembre de 2002 recoge nuevamente el precedente que constituye el asunto de *Groenlandia Oriental* –como ya hiciera en el caso anterior- para aplicarlo al caso concreto, en la medida en que

"In particular in the case of very small islands which are uninhabited or not permanently inhabited - like Ligitan and Sipadan, which have been of little economic importance (at least until recently) - *effectivités* will indeed generally be scarce" (pár.134).

Lo que corrobora la homogeneidad y el mantenimiento de la posición jurisprudencial clásica sobre la aplicabilidad del principio de relatividad de las efectividades.

18. Debemos reseñar, no obstante, la particular reflexión realizada por la Corte con relación a los problemas de carácter probatorio que suscitaba la cuestión de los faros construidos por las autoridades coloniales sobre ambas islas, y que fueron objeto de mantenimiento posterior por parte de las autoridades malayas tras la independencia. En este punto, la jurisprudencia de la Corte parece hallarse en un punto de inflexión o de cambio con relación a su jurisprudencia anterior, sin duda motivado por la aplicación al caso del principio de relatividad de la efectividad.

En efecto, la decisión arranca de la posición inicial establecida en el asunto de los *Minquiers y Ecréhous* (1953), en el que no se aceptó que la construcción y explotación de faros o de sistemas de ayudas a la navegación marítima constituyeran auténticas manifestaciones de la autoridad estatal. La Corte, sin embargo, giró su atención en este punto sobre lo ya manifestado en su anterior asunto de la *delimitación marítima y de las cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* —que acabamos de referir—, a los efectos de proclamar el mantenimiento fiel de su posición al respecto: en el caso de islas de reducido tamaño, deshabitadas o no habitadas de forma permanente, este tipo de actividades son suficientes para fundamentar una reclamación de soberanía. Lo que le lleva a concluir la soberanía de Malasia sobre las islas de Ligitan y Sipadan, la cual había sido desplegada a través de los siguientes actos de autoridad: adopción de medidas de regulación y control de la recolección de huevos de tortuga, establecimiento de un santuario para aves, y construcción y mantenimiento de faros en las islas. Ciertamente, se trata de actos modestos en número, sostiene la Corte, pero de diversa naturaleza, durante un período considerable de tiempo, lo que corrobora un patrón de ejercicio de funciones estatales. Junto a ello, resulta determinante, tanto la falta de oposición a dicha actividad por parte de Países Bajos/Indonesia, como el hecho de que esta última hubiera presentado una evidencia de efectividad sustancialmente inferior.

19. Siguiendo explícitamente la estela de sus anteriores decisiones de 2001 y 2002, así como la de su predecesora de 1933, la Corte Internacional de Justicia vuelve a mantenerse fiel a la línea jurisprudencial relativa al principio de relatividad de la posesión efectiva en su sentencia de 8 de octubre de 2007, resolviendo la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe*; concretamente, con relación a la atribución del título de soberanía territorial de cuatro pequeñas formaciones marítimas menores: cayo Bobel, cayo Savanna, cayo Port Royal y cayo Sur; los cuales, la Corte no duda en calificar como islas. Se trata, de hecho, de unas pequeñas islas de escasa altura, extremadamente vulnerables a las tormentas tropicales y a los huracanes —especialmente las más pequeñas—, que están situadas en la plataforma continental frente al Cabo Gracias a Dios, a unas 30 a 40 millas al este de la desembocadura del río Coco.

20. A este respecto, ante la imposibilidad de aplicar el título jurídico alegado —el *uti possidetis iuris*— por la falta de prueba de la existencia del mismo con relación al caso concreto, la Corte se centra, a título subsidiario, en las pruebas relativas a las efectividades. Concretamente, en las efectividades poscoloniales; pues resultó que no existía tampoco posibilidad de aplicar efectividades coloniales (que hubiera debido ser el caso) al no apreciarse pruebas al respecto, debido a que las formaciones marítimas menores no revestían importancia económica o estratégica para la Corona española. En este estado de cosas, a la hora de proceder a analizar las pruebas de efectividades presentadas por las partes, la Corte señala expresamente que

"Sovereignty over minor maritime features, such as the islands in dispute between Honduras and Nicaragua, may therefore be established on the basis of a relatively modest display of State powers in terms of quality and quantity" (pár.174).

A la luz de este planteamiento, es evidente la aplicación por parte de la Corte del principio de relatividad de la posesión efectiva. Tomando entonces como base este principio, la Corte concluye a favor del título de soberanía de Honduras sobre las citadas islas en atención a la siguiente actividad: aplicación de manera explícita del derecho civil y del derecho penal hondureño a las islas; la autorización de sobrevolar concedida a aviones antidroga de EE.UU.; reglamentación y control de la inmigración; otorgamiento de licencias de pesca; instalación de una antena; y recaudación de impuestos. A juicio de la Corte, estas efectividades desarrolladas por Honduras revelan intención y voluntad de adquirir a título soberano, así como una manifestación

modesta, pero real, de autoridad sobre las cuatro islas. Ciertamente, las mismas resultan tardías y escasas, pero ello no fue obstáculo para la decisión de la Corte, habida cuenta tanto las características del territorio, como la falta de protesta a las mismas por parte de Nicaragua y la ausencia de pruebas nicaragüenses de autoridad sobre las islas. Aspectos todos ellos determinantes en el presente caso.

21. Por otra parte, este asunto resulta especialmente reseñable de esa importancia, que venimos remarcando, que han adquirido en el momento actual las islas en el marco de las delimitaciones marítimas. De ello da fe la circunstancia de que la demanda inicial de Nicaragua tenía como objeto únicamente la delimitación marítima con Honduras, sin que constara referencia alguna a la soberanía sobre las referidas islas/cayos existentes en la zona a delimitar; si bien es cierto que el gobierno de dicho país se reservó el “derecho de completar o modificar” la demanda. Fue en un momento posterior, concretamente en su memoria y en las conclusiones finales de la fase oral, cuando Nicaragua introdujo la cuestión de la soberanía sobre dichos cayos.

A este respecto, la Corte, aplicando correctamente la regla según la cual “la tierra domina el mar”, consideró que era necesario comenzar por la determinación de la soberanía territorial antes de resolver la delimitación marítima en la región, en la medida en que la existencia de islas en la zona influía necesariamente en el trazado marítimo. En este sentido, entendió la Corte que la demanda relativa a la soberanía sobre las islas y cayos estaba implícitamente contenida en la cuestión que era objeto de la demanda de Nicaragua, a saber, la delimitación del mar territorial, de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva. Además, tuvo igualmente en cuenta que el demandado –Honduras– no había contestado la competencia de la Corte para conocer del asunto, ni su admisibilidad y que, de hecho, Honduras solicitaba expresamente en sus conclusiones de la fase oral que la Corte resolviera a su favor con relación a la soberanía sobre estas formaciones marítimas.

22. También se encuadra en este contexto, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 23 de mayo de 2008, en el asunto relativo a la *Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge* (Malasia/Singapur). Se trata de tres formaciones marítimas de carácter minúsculo ubicadas a la entrada del estrecho de Singapur, a las que realmente ninguna de las dos partes había prestado especial atención respecto de su soberanía hasta época relativamente reciente; sin duda, por la nula importancia que antaño tenían a los fines de delimitación marítima.

Este particular caso presenta algunas singularidades dignas de reseñar, en la medida en que constituyen un interesante precedente en la materia. Tal es el caso, por un lado, del valor otorgado por la Corte a los títulos históricos (hasta ahora claramente relativizado por la jurisprudencia), que le sirve para afirmar la soberanía de Malasia sobre Middle Rocks y South Ledge en base a un título originario del sultanato de Johor. Por otro, y más trascendente si cabe, de la construcción articulada por la Corte para afirmar la soberanía de Singapur sobre Pedra Branca; la cual se asienta en un proceso de “transferencia de soberanía” implicando la pérdida del territorio por el titular originario –Johor/Malasia– y la posterior adquisición del nuevo soberano –Reino Unido/Singapur– a través de la fórmula “efectividades + aquiescencia”. Una ecuación que inevitablemente nos hace pensar en la prescripción, pero que la Corte se resiste a “etiquetar” como tal. Todo ello le convierte en un importante antecedente, sin duda merecedor de un pormenorizado análisis que escapa los límites de la presente exposición.

23. En esta línea, debemos reseñar que el título originario de Johor no está probado sobre la base del control efectivo o de actos explícitos de ejercicio de poder público realizado directamente sobre las rocas en cuestión; lo cual es comprensible habida cuenta su carácter exiguo –más pequeñas que un campo de fútbol–, y el hecho de que ningún otro Estado había realizado reivindicación alguna sobre ellas. La mera presencia del sultanato en la región es para la Corte una confirmación del título originario.

Mientras que las efectividades británicas/singapurenses han jugado un papel fundamental en la atribución de la soberanía de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh a Singapur por parte de la Corte. En este sentido, resultan determinantes los siguientes actos realizados a título de soberano: construcción del faro Horsburgh, mantenimiento del mismo, investigaciones sobre los accidentes marítimos, control ejercido con relación a las visitas al faro, instalación por Singapur del material militar de comunicaciones, y sus proyectos para ganar tierra. Ciertamente, pocos actos y de escaso valor probatorio de soberanía en condiciones normales, pero suficientes en el caso concreto; máxime cuando no ha existido reacción alguna por parte de Malasia al comportamiento de Singapur y sus predecesores, ni ha aportado prueba alguna de la más mínima actividad sobre Pedra Branca.

24. Aunque, en este caso concreto, y a diferencia de los asuntos precedentes, la Corte no ha retomado de forma expresa los antecedentes constituidos por sus sentencias anteriores de 2001, 2002 y 2007, resulta más que eviden-

te que las mismas están en el sustrato de la presente decisión. La consideración de que tal escaso número de actividades, así como la tipología de las mismas, han sido realizadas a título soberano y que son suficientes para demostrar posesión efectiva no es sino consecuencia de la aplicación del principio de relatividad de la efectividad, habida cuenta el carácter exiguo e inhabitable del territorio en disputa; pues, sin duda, en condiciones normales tales actos no hubieran sido suficientes para acreditar una posesión efectiva del territorio en disputa.

25. La última de las sentencias de la CIJ que debemos referir en este contexto es la de 19 de noviembre de 2012, resolviendo la *Controversia territorial y marítima* entre Nicaragua y Colombia. En dicha sentencia, al valorar la posesión efectiva de los cayos de Roncador, Quitasueño, Serrana, Serranilla, Bajo Nuevo, Alburquerque y Este-Sudeste, la Corte recuerda nuevamente -retomando su jurisprudencia anterior- que la soberanía sobre pequeños elementos marítimos puede determinarse en base a una muestra relativamente modesta de poderes de Estado en términos de calidad y cantidad. A la luz de dicho pronunciamiento, la Corte analiza los actos de posesión sobre los mismos presentados por Colombia, los cuales, unidos a la falta de actividad a título de soberano por parte de Nicaragua, constituyen un gran soporte a la pretensión de Colombia de soberanía sobre los elementos marítimos en disputa.

26. A la vista de la jurisprudencia analizada, es fácil *concluir* que el principio de relatividad de la posesión efectiva del territorio sigue plenamente vigente y que la reciente jurisprudencia internacional no se separa ni un solo palmo de la posición jurisprudencial clásica. A este respecto, la Corte Internacional de Justicia ha dejado plenamente asentada la necesaria relativización en la prueba del ejercicio pacífico y continuo de las funciones estatales cuando estamos en situaciones territoriales límite, por tratarse de territorios cuya naturaleza física hace muy dificultosa o casi imposible una habitación humana estable y sólida. Tal ocurre con las islas de reducido tamaño y escasa o nula habitabilidad, respecto de las cuales de una forma cada vez más frecuente están surgiendo nuevos contenciosos territoriales, sin duda estimulados por la proyección marítima que comportan las mismas y su consecuente influencia en la delimitación de espacios marítimos.

En tales casos, los elementos necesarios para una posesión efectiva -el *corpus* y el *animus* posesorios- aparecen fugitivos ante la dificultad inherente de la existencia de una manifestación clara y abundante de funciones esta-

tales. La jurisprudencia se inclina entonces hacia la consideración comparativa de las pretensiones concurrentes, primando la pretensión que se vea acompañada de un número superior de elementos probatorios, aunque estos sean escasos en términos absolutos, pero suficientes en términos relativos.

LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DIPLOMATICO

Oscar B. LLANES TORRES (Paraguay)*

Asociado del IHLADI

ABSTRACT: The Diplomatic Law regulates customarily diplomacy that addresses their task in the maintenance of the legal-political, cultural and economic relations between States and International Organizations in the dialogue of mutual interests. Diplomatic activity is an ongoing task in organic evolution of mankind, whose root is based on the natural bond of interdependent society. We recognize that it is an organized function, hierarchical, formal and professional; is Art and Science of International Negotiation. Genet says in his Treatise on Diplomacy "is a science that must learn its rules and art to discover its secrets". The historical record of the matter is old, comes from the Treaty of Westphalia of 1648, for Satow, the term was introduced in England only in 1645 also reported that Nikolson expression first used in 1796 by Edmond Burke. Now back we go to the etymology of the word and legal dictionaries state that comes from the Greek "diplom" meaning bequeath, perform, carry a legal instrument. Thus, the diploma is an official document conferring privileges to its recipient, folded and gave himself the bearer of a diplomatic or diploma is qualified as such. Most authors attest that the use of the term became widespread in Europe in the eighteenth century.

The word itself is subject to various interpretations, different senses of different jobs. The word can be understood as:

- Reference to the foreign policy of a State; - An International Negotiation;
- The procedures, mechanisms, shape and execution of the negotiations;
- The administrative branch of the portfolio of Foreign Affairs; and
- The ability to solve a dispute, may be used here in the pejorative sense, to designate, unethical cunning and shrewd way to treat certain matter.

In the evolutionary process of diplomatic techniques in either direction outlined above, what matters is your study different methods for implementing the law, the mechanism by which humanity is looking for its mythical and mystical destination PEACE. Given the above we ask Where is the strength and importan-

* Diplomático y Profesor Universitario paraguayo

ce of this new legal subject? Can we consider "autonomous" science? or is it simply does an appendix of Public International Law? Whatever the doctrinal position, the undersigned, consider an autonomous right, free from the influence of international law, it is certainly still incipient, weak, who lacks the fundamental elements of other sciences of law. However, encouraging his followers and gallery idealists who make up a tiny group of legal doctrine, which is a science in continuing education, has a system of academic line, unfounded and fountains, is constantly changing by daily game interest it is high time that consider the possibility of including in university programs of legal career, Diplomatic Law does exist and "who knows" a particular discipline.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Diplomático reglamenta consuetudinariamente la diplomacia, que se ocupa de realizar su tarea en el mantenimiento de las relaciones jurídicas-políticas, culturales y económicas entre Estados y Organismos Internacionales en el diálogo de intereses recíprocos.

La actividad diplomática es una tarea constante en la evolución orgánica de la humanidad, cuya raíz se fundamenta en el vínculo natural de la sociedad interdependiente. Debemos reconocer que es una función organizada, jerarquizada, oficial y profesional; es Arte y es Ciencia de la Negociación Internacional. Dice Genet en su Tratado de Diplomacia "es una ciencia que debemos aprender sus reglas y es arte para descubrir sus secretos".

El registro histórico de la materia es antigua, viene desde el Tratado de Wesfalia de 1648, para Satow, el vocablo fue introducido en Inglaterra apenas en 1645, asimismo, informa Nikolson que por primera vez se usó la expresión en 1796 por Edmond Burke.

Ahora nos remontemos a la etimología de la palabra y los diccionarios jurídicos señalan que proviene del griego "diplom" que significa legar, representar, portar un instrumento legal. Por lo tanto, el Diploma es un documento oficial que confiere privilegios a su destinatario, se entregaba plegado y el portador del diploma es un diplomático o calificado como tal. La mayoría de los autores testimonian que el uso de la expresión se generalizó en Europa en el siglo XVIII.

La palabra en si está sujeta a varias interpretaciones, a diversos sentidos de empleo diferente. La palabra puede entenderse como:

- Referencia a la política exterior de un Estado;
- Una Negociación Internacional;

- Los procedimientos, los mecanismos, la forma y la ejecución de las negociaciones;

- La rama administrativa de la cartera de Relaciones Exteriores; y

- La habilidad en la solución de un litigio, pudiendo aquí ser usada en el sentido peyorativo, para designar la manera astuta y sagaz, poco ética, al tratar determinado asunto.

En el proceso evolutivo de las técnicas diplomáticas en uno u otro sentido señalados anteriormente, lo que importa es su estudio en las diferentes formas de ejecución del derecho, del mecanismo por el cual la humanidad busca realizar su destino místico y místico de PAZ.

Ante lo expuesto anteriormente nos preguntamos ¿Dónde radica la fuerza y la importancia de esta nueva asignatura jurídica? ¿Podemos considerarla "autónoma" la ciencia? o es simplemente ¿un apéndice del Derecho Internacional Público? Sea cual fuera la posición doctrinaria, el que suscribe, considera un derecho autónomo, libre de la influencia del derecho internacional, es verdad que aún es incipiente, débil, que no posee los elementos fundamentales de otras ciencias del Derecho. Sin embargo, estímulo a sus seguidores y galería de idealistas que conforman un diminuto grupo de doctrinadores, que es una ciencia en formación permanente, posee un sistema de línea académica, tiene fundamento y fuentes, es de mutación permanente por el juego diario de intereses, es hora que se piense en la posibilidad de incluir en los programas universitarios de la carrera jurídica, el Derecho Diplomático sí existe y "quien sabe" una disciplina concreta.

II. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DIPLOMATICO

1. Concepto de Derecho Diplomático

El Derecho Diplomático reglamenta consuetudinariamente la Diplomacia, que se ocupa de realizar su tarea en al mantenimiento de las relaciones jurídicas-políticas, culturales y económicas entre Estados y organismos internacionales en el dialogo de intereses recíprocos. La Diplomacia es una actividad constante en la evolución orgánica de la humanidad, cuya raíz se fundamenta en el vínculo natural de la sociedad interdependiente. Es función organizada, jerarquizada, oficial y profesional; es arte y ciencia de la negociación internacional. Dice Genet citado por el autor Mello, en su Tratado de Diplomacia: "es una ciencia de las que hay que aprender las reglas, y un arte del que hay que descubrir los secretos".

En verdad la palabra Diplomacia es de formación reciente en el lenguaje jurídico internacional, y su empleo en las relaciones internacionales coincide

con el establecimiento y mantenimiento de las delegaciones permanentes en cortes extranjeras, tales como son consagradas por el Tratado de Westfalia de 1644. Para Salow, citado por Mello, el término fue introducido en Inglaterra apenas en 1645. Informa Nicolson que fue empleada la expresión por primera vez en 1976 por Edmon Burke.

Etimológicamente la palabra "Diplomacia", según el Diccionario de Littré deriva del griego "diploma", del verbo "diplon", que significa "legar". El Diploma era una acta un documento oficial que confería privilegios a su destinatario. Este documento se entregaba plegado, de ahí que el portador del diploma fuera calificado como Diplomático.

La mayoría de los autores, sin embargo, testimonian que el uso del vocablo se generalizó en Europa en el siglo XVIII.

La palabra en sí, está sujeta a varias interpretaciones, a diversos sentidos de empleo diferente; la palabra Diplomacia puede entenderse como:

1. Referencia a la política exterior de un Estado;
2. Una negociación internacional;
3. Los procedimientos, los mecanismos, la forma y la ejecución de las negociaciones;
4. La rama administrativa de la cartera de relaciones exteriores; y la
5. Habilidad en la solución de un litigio, pudiendo ser aquí usada en el sentido peyorativo, para designar la manera astuta y sagaz, poco lícita, de tratar determinado asunto.

En el proceso evolutivo de las técnicas diplomáticas en uno u otro sentido, enumeradas arriba, lo que importa es su estudio en las diferentes formas de ejecución del Derecho, del mecanismo por el cual la humanidad busca realizar su destino místico de paz.

¿Dónde radica la fuerza y la importancia de esta nueva rama jurídica? ¿Podemos considerar autónoma la ciencia? ¿Es más un tronco del derecho internacional? Sea cual fuese la conceptualización académica del Derecho Diplomático, es aún un derecho incipiente, débil; carece de los elementos fundamentales de otras ramas del Derecho. Sin embargo, concito a sus seguidores e idealistas que conforman una tímida galería de pensadores y adeptos, que mientras las relaciones internacionales perduren en el intrincado juego de intereses, el Derecho Diplomático se hará posible y ¿Quién sabe?, concreto.

Sería estéril llevar la discusión académica si es Derechos autónomo o no; la validez del presente Derecho es la posibilidad de amparo jurídico en el campo de la relaciones interestatales, un Derecho que posibilite la tranquilidad cierta y segura de una negociación internacional y sus actores -los Diplomáticos- gocen de la independencia y de la libertad que el Derecho

otorga, sin restricciones políticas, intimidaciones, presiones de cualquier naturaleza. El Derecho debe imponerse a la posibilidad de otorgar la solvencia necesaria y las pacíficas relaciones internacionales.

En la búsqueda de un Derecho Diplomático en una sociedad de controversias constantes, de duplicidad angustiante, de cinismo entorpecedor, el Derecho debe encontrar la fórmula capaz de dirimir las desavenencias entre hombres y estados, la garantía y la solidez, el respeto mutuo en el intercambio de intereses recíprocos deben tornarse una realidad impostergable. En ese ambiente de incertidumbre se desarrolla el derecho Diplomático, que en la costumbre trazó sus obligaciones primeras, y vio cristalizadas sus aspiraciones de Derecho Positivo en la Convención de Viena 1961, que al entrar en rigor su influencia y decisiva imposición encontrará a los Estados en una posición de igualdad posible para una relación jurídica estable y fructífera.

El Derecho Consuetudinario cede paso al Derecho Positivo; fatalmente la doctrina y sus estudios irán limando sus asperezas, corregirán sus defectos, eliminarán sus excesos, exaltarán sus virtudes y el derecho se verá fortificado y vigoroso. Se rejuvenecerá a cada instancia para alcanzar el pleno desarrollo de un Derecho Diplomático, albergamos ilusión y esperanza, vaticinamos un provisorio futuro, porque el terreno es fértil y el alma que lo impulsa vibrante. Batallaremos para mantener viva la llama del entusiasmo por ver al derecho Diplomático como toda una realidad. Este Derecho en la enorme gana de vínculos políticos, económicos, jurídicos y morales, se desarrolla y progresa. Es menester buscar los cimientos sólidos, donde edificar el predio de la convivencia pacífica y sana entre los pueblos.

2. Historia y Fuentes de Validez

Métodos Antiguos

Diplomacia es una de las más viejas ciencias del mundo es tan antigua como la historia. Según Raoul Genet la Ciencia de la Diplomacia, o su arte, son ciertamente contemporáneos de los primeros contactos entre clanes y tribus. "Nació, enseña Ferreira de Mello, citado por Franchini, 1964, de la necesidad que tiene los pueblos, como los individuos, de relacionarse entre sus orígenes se remontan a las primeras eras de la historia de la humanidad". Así la Diplomacia surgió en el momento exacto cuando las primeras tribus se encontraron una ante la otra Maulde - la- Claviere nos dice que la diplomacia es tan vieja como el mundo, y desaparecerá solamente con él.

Los primeros negociadores surgen bajo la protección de los dioses, porque se confunden la noción de extranjero con la del enemigo.

Este dualismo perdura hasta el advenimiento del cristianismo; fue necesi-

rio encontrar una salida en que la figura del negociado fuese inolvidable. Las oraciones primitivas practicadas por los sacerdotes no bastaba para salvar a quienes venían cargados de impurezas exteriores.

Pensamos que los motivos fueron diferentes; era cuestión de cautela política, probatorio de esto que es la prohibición se restringía a los honorables, no se extendía en general.

Es imposible determinar las repercusiones jurídicas del establecimiento de las inmunidades, que se hicieron inseparables, a los largo de la historia, de la figura del diplomático.

El negociador, un ser semi-divino, es colocado bajo la protección de sus propios dioses, y tocarlo sería cometer sacrilegio, lo que atraería la ira de sus protectores sobrenaturales y su terrible venganza.

A partir del siglo XVI los autores unánimemente acentúan el origen divino del mensajero: *personae sanctae*. Cierta Diplomática de carrera, con disgusto, pero no exento de humor, constata de Júpiter confiaba sus misiones diplomáticas más delicadas a Hermes, hermano de Apolo, quien simbolizaba, para los antiguos, al mismo tiempo la seducción, la malicia y la astucia. Hermes, el mensajero alado, Dios del comercio, de los viajeros y de los ladrones. Este símbolo tiene efectos lamentables en la figura y en el perfil de los diplomáticos.

Los Egipcios

Los archivos develados demostraron la existencia de una intensa actividad, que es correcto denominar de la diplomática, en el antiguo oriente. Su punto culminante ocurrió en los siglos XVI y VX antes de Cristo, al tiempo de la XVIII dinastía faraónica.

Para el mantenimiento de su acción internacional los reyes acudían también a la diplomacia de alcoba, buscando consolidar posiciones políticas con los lazos de parentesco y las esperanzas dinásticas.

Otra práctica diplomática interesante, original en el mundo antiguo, fue la participación femenina en el clima de paz y entendimiento internacional, con intercambios de cartas de las Reinas respectivas, donde se manifiestan recíprocamente su alegría por la "bella paz" y por la "bella fraternidad", Cardona, 1949 citado por Franchini.

Griegos

El Herald es el negociador alado. En los tiempos homéricos, acompaña a los embajadores para anunciarles los títulos y las misiones. Inviolable por la protección de la divinidad que santifica su misión.

Los autores debaten en torno a la cuestión de la existencia o no de un Derecho Internacional en la Grecia antigua, ya que las relaciones externas de las ciudades se limitaban al mundo helénico.

El Orador

El negociador que en un principio era la voz del anunciador, se transforma con el desarrollo, con la intensificación de las relaciones y del proceso democrático. Como la misión ya no se limita al simple enunciado, el debate en las asambleas hace que el mensajero se reviste de otras condiciones de acción. La diplomacia se ejerce a través de la retórica. El negociador necesita poseer el dominio de la palabra, de las letras, del arte, de la elocuencia y de la representación. Es el orador, es el tribuno, es el jurista y es, al mismo tiempo, el artista, que en los concejos públicos se ocupa la defensa verbal de los intereses de la misión.

El Proxeno

Los intereses comerciales que vinculaban los centros helénicos, obligaron a los griegos a un contacto continuo con el extranjero en un trato de paz precaria. Los pueblos de hélade llegaron a una hábil conciliación con el concepto aristotélico que era la regla de conducta general, inauguración entonces "la proxenia" esto es, la hospitalidad, y colocaron al extranjero bajo la protección del dios Kenia, como una forma de inmunización al contacto impuro. El proxeno es el precursor del cónsul honorario.

Roma

La influencia de Roma en el desarrollo de las relaciones internacionales no es halagadora; la ambición imperial y la vocación dominadora de los romanos son incompatibles con la idea de relaciones internacionales entre unidades estatales soberanas e igualdad recíproca. La "pax romana" no trasigem, no negocia; impone unilateralmente la voluntad de la fuerza para una convivencia fincada en la sumisión. Así, el extranjero es el enemigo. "Hostis" vale para designar al extranjero y al enemigo, y la guerra es la acción primitiva de denominación y que termina con la imposición de la paz.

El negociador

El negociador es en Roma, desde tiempo muy remoto, persona inolvidable. En los siglos III y IV Roma inicia la fase de negociadores oficiales con los bárbaros, época en la que la diplomacia Romana constituía básicamente por compensaciones en la búsqueda de apoyo de los federados - "peregrini

socii"-, los tratadistas en ese particular hacen mención del convenio celebrado por Constantino "El Grande" con los godos, a quienes concede tierras a cambio de militar.

III. CONCLUSIÓN

En virtud de lo anterior se propone integrar a la ciencia del Derecho Diplomático la exigencia doctrinaria de la AUTOMÍA como sugerencia a futuros doctrinales.

EL ESTADO FRENTE A SU TERRITORIO

Dra. Graciela R. SALAS (Argentina)*

Miembro del IHLADI

RESUMEN: En los siguientes párrafos hemos intentado un acercamiento a la vinculación del Estado con su territorio. No caben dudas de que al referirnos al Estado lo hacemos del territorio y que no es posible hablar de éste sino en el ámbito de un Estado soberano. A partir de allí los modos de adquisición y de delimitación vienen siendo objeto de ingentes esfuerzos por parte de la doctrina a lo largo de los siglos. Sin embargo, a poco de profundizar en su estudio es posible advertir que el transcurso del tiempo no ha hecho sino producir el nacimiento de nuevas cuestiones que llevan a la necesidad de mantener el esfuerzo en su estudio. En este punto es de remarcar la contribución de nuestro continente americano en el desarrollo y afianzamiento de muchas de las normas aplicables en la actualidad.

PALABRAS CLAVE: Estado – territorio

ABSTRACT: Through this paper we have tried an approach to linking the State with its territory. No doubt that in referring to the state, we do based on their territory and that it is not possible to talk about it but in the context of a sovereign state. The acquisition and delimitation have been the subject of enormous efforts by the doctrine throughout the centuries. However, just to deepen their study is possible to notice that over time has done nothing but produce the birth of new issues that lead to the need to continue efforts in their study. At this point it is to emphasize the contribution of our American continent in the development and consolidation of many existing standards.

KEY WORDS: State – territory

SUMARIO: I. Introducción. II. El Estado y su territorio. III. Las más recientes controversias. IV. Conclusiones.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Rca. Argentina. Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Blas Pascal

I.- INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas el territorio del Estado constituye uno de los temas de mayor desarrollo y preocupación a nivel internacional, desde el nacimiento del Estado moderno. Sin embargo, y más allá de la preocupación de algunos internacionalistas de nota, en contadas ocasiones se ha formulado un concepto de territorio en el ámbito del Derecho Internacional General, efectuándose una referencia permanente al territorio con relación al Estado y a los diferentes tipos de territorio, sin profundizar en su definición.

Surge si con claridad y precisión que no es posible pensar en un concepto de territorio sino en relación a un Estado, ni de éste sino en tanto asentado sobre un territorio, elemento éste esencial a su propia existencia y central como fundamento de su propia soberanía.

Por otra parte, podría argumentarse que por la profusión de obras de envergadura sobre el territorio todo estaría ya dicho al respecto, pero ¿es así efectivamente? El recurso a la Corte Internacional de Justicia por parte de países latinoamericanos en el pasado más reciente parecería al menos poner en dudas tal afirmación.

II.- EL ESTADO Y SU TERRITORIO

Como una cuestión previa cabe efectuar una mención y al mismo tiempo un homenaje al Dr. Julio Barberis, que trabajó profusamente en el punto que nos ocupa ¹.

1. Un precedente poco conocido sobre la aplicación del *uti possidetis* a un río limítrofe que cambia de curso. Anuario de derecho internacional; vol. 10, 1994; *Les liens juridiques entre l'Etat et son territoire: perspectives théoriques et évolution du droit international*. Annuaire français de droit international; vol. 45, 1999; *A conception bre'silienne de l'uti possidetis*. Liber amicorum judge Mohammed Bedjaoui. Ed. by Emile Yakpo and Tahar Boumedra, 1999; *En torno a la noción de "territorio del estado"*. Liber amicorum 'In memoriam' of judge Jose Maria Ruda, 2000; *La concepción brasileña del uti possidetis*. Ed. LTr. Dimensão internacional do direito: estudos em homenagem a G.E. do Nascimento e Silva / Paulo Borba Casella, coordinador, 2000; *Los límites del territorio del estado*. Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro / Zlata Drnec de Clement (coord.); vol. 1, 2002; *El territorio del Estado*. Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional / Jorge Cardona Llorens, Director; vol. 4, 2000; *El territorio del Estado y la soberanía territorial*. Abaco, 2003; *El condominio internacional*. Eurolex. Pacis artes: obra homenaje al profesor Julio D. González Campos, vol. 1, 2005. *Quelques considerations sur le condominium en droit international public*. Nijhoff. Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law. La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international: liber amicorum Lucius Caflisch. Ed. by Marcelo G. Kohen, 2007. Entre otros trabajos.

A continuación deberíamos pasar a definir al territorio ². La Dra. Gutiérrez Posse desarrolla sutilmente un concepto de territorio coincidiendo de alguna forma con la posición del Dr. Barberis, al colocar el acento en el acto unilateral de un Estado al determinar la extensión de su territorio, en la medida de su sometimiento efectivo a la jurisdicción y autoridad estatal. Aparece así el criterio de efectividad en tanto dominio concreto sobre un territorio, que puede verse contrapuesto en ocasiones con el criterio de legitimidad, transitando en este último caso hacia los modos de adquisición de la soberanía por parte del Estado ³.

Actualmente algunos autores consideran que la discusión sobre el concepto de territorio es exclusivamente teórica y en consecuencia estéril ⁴. Sin embargo, desde la teoría del Estado y de la soberanía, reviste suma importancia, y desde la visión de los países en vías de desarrollo la cuestión continúa plenamente vigente, en cuanto de ella derivan tanto la delimitación de los espacios marítimos como la soberanía sobre los recursos naturales ⁵. En este punto se asoma la teoría de la competencia o la del territorio-límite ⁶, para lo cual se ha hecho necesario precisar las diferentes acepciones del concepto de territorio ⁷.

También se advierte no sólo la competencia exclusiva sobre este territorio ⁸ sino también la exclusión de otras soberanías sobre él y a su vez la obligación de abstención del Estado respecto del territorio sometido a otra soberanía.

Más allá de esas precisiones, vitales desde la soberanía sobre los recursos naturales, este concepto se vincula directamente con la capacidad de disponer de ese territorio. Esa disposición abarca un amplio espectro que va desde la

2. G.R. Salas. *Las controversias limítrofes pendientes en América del Sur. La cuestión del Esequibo*. Disponible en: <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/viewFile/6280/7366>

3. H. D. T. Gutiérrez Posse. *Guía para el conocimiento de los elementos del Derecho Internacional Público*. La Ley. Buenos Aires, 2003. Pág. 124.

4. B. Conforti. *Derecho Internacional*. Edición en español revisada y anotada por Raúl E. Vinuesa. Zavallia Editor. Buenos Aires 1995. Pág. 262. También DIEZ DE VELASCO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos. Madrid. 2013. Pág. 425.

5. G. R. Salas R. *Soberanía y Recursos Naturales Un enfoque americano*. En XL Curso de Derecho Internacional. Río de Janeiro. 2013.

6. J. Pueyo Losa, en DIEZ DE VELASCO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos. Madrid 2013. Pág. 426.

7. C.I.J. *Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*. 1986. Par. 212.

8. M. Akehurst. *A modern introduction to international law*. Londres, 1982. Pág. 141. Citado por Ana Gemma López Martín en *El ejercicio continuo y pacífico de funciones de estado como modo de adquisición del título territorial en la jurisprudencia internacional: el problema de su prueba*. Universidad Complutense de Madrid. Tesis. 2009.

cesión del propio territorio hasta las diversas formas de su utilización, dentro de los límites establecidos entre los estados. Ahora bien esa utilización implica a su vez una gran variedad de actividades que pueden ser emprendidas en conjunto, y que abarcan todos los ámbitos del ejercicio de la soberanía por parte de los estados de la región⁹, incluyendo siempre la facultad de decidir definitivamente¹⁰ en toda materia, decidir sobre los alcances de sus propias competencias, posibilitando la creación y mantenimiento de vínculos internacionales como así también la aplicación del principio de cooperación, aún en el ámbito institucional.

A partir del concepto de territorio y de soberanía es que aún hoy es posible hablar de los modos de adquisición de la soberanía sobre un espacio físico determinado. En este punto es importante remarcar que el concepto de territorio está indisolublemente vinculado con el Estado, en la medida que actualmente no se concibe la existencia de un territorio sino bajo la soberanía de un Estado¹¹, por lo que territorio y soberanía constituyen las dos caras de la misma moneda.

También se suele sostener que los medios de adquisición de la soberanía han sido ya superados en el tiempo. Sin embargo, aún hoy continúan planteándose controversias con base en la adquisición de soberanía y su proyección sobre la cuestión a resolver.

Uno de los modos de adquisición de soberanía fue sin dudas la ocupación, que dio origen a la adquisición jurídicamente válida de territorios por parte de las potencias coloniales en gran parte del mundo, de allí que la doctrina y la jurisprudencia se hayan ocupado profusamente de este modo. Desde tiempos inmemoriales, se han identificado tres de sus requisitos: a) que el territorio sea *res nullius*¹²; b) que la aprehensión sea efectiva, es decir que el terri-

torio en cuestión sea realmente sometido al poder del Estado, y c) y el *animus rem sibi habendi*, o la voluntad de efectiva apropiación¹³. A esto cabría agregar que quien ejecutara el acto de efectiva aprehensión lo hiciera a nombre del Estado, descartando así la posibilidad de ocupación de un territorio por particulares, salvo que medie una autorización especial, por lo que la validez vendría dada por el instrumento jurídico que así lo acreditara¹⁴. Finalmente que esa toma de posesión se haga en forma pública, conforme lo estableció con precisión el Institut de Droit International en su sesión de Lausanne de 1888¹⁵. En cuanto a la posesión, sintéticamente podemos decir que constituye una de las relaciones entre el Estado y el territorio, visto desde la soberanía estatal, en tanto éste es el único titular posible de la soberanía territorial.

En cuanto al **primero de los elementos**, excluida actualmente la posibilidad de la existencia de territorios *res nullius*¹⁶, y también la ocupación bélica, colocamos el acento en el elemento de aquiescencia del Estado a cuya soberanía estaba sometido el territorio ocupado, derivado de su inacción ante la ocupación, o de un consentimiento prestado en forma jurídicamente válida

13. Estos tres requisitos provienen del derecho romano *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*. Lib. XLI, tit. I, prima pars, sect. I. Citada por Julio Barberis en *El territorio del Estado y la soberanía territorial*.

14. Sin embargo existieron casos en los que las autoridades estatales otorgaban autorización a tal efecto a empresas privadas, como la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, entre otras, o aún numerosas expediciones de los conquistadores que ocuparon América a nombre de la corona española.

15. "Article premier. L'occupation d'un territoire à titre de souveraineté ne pourra être reconnue comme effective que si elle réunit les conditions suivantes: 1° La prise de possession d'un territoire enfermé dans certaines limites, faite au nom du gouvernement; 2° La notification officielle de la prise de possession.

La prise de possession s'accomplit par l'établissement d'un pouvoir local responsable, pourvu de moyens suffisants pour maintenir l'ordre et pour assurer l'exercice régulier de son autorité dans les limites du territoire occupé. Ces moyens pourront être empruntés à des institutions existantes dans le pays occupé.

La notification de la prise de possession se fait, soit par la publication, dans la forme qui, dans chaque Etat, est en usage pour la notification des actes officiels, soit par la voie diplomatique. Elle contiendra la détermination approximative des limites du territoire occupé". Disponible en: http://www.idi-jil.org/fidiF/resolutionsF/1888_Jan_02_fr.pdf

16. Se entiende al momento de la ocupación colonial. Este punto fue objeto de especial consideración de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre el Sahara Occidental. La intertemporalidad del derecho adquiere así una especial significación. En ese caso la fecha crítica de la colonización española fue establecida en 1884, consolidada convencionalmente y con posterioridad por el Acta de Berlín de 1885.

9. Así lo acredita el Acta del IV Encuentro del Comité de Frontera Perú - Chile, celebrado el 12 y 13 de noviembre de 2003 en Tacna, Perú. Disponible en: <https://apps.rece.gob.pe/portal/.../MREPERU/portal/.../B-3039.pdf>. También los acuerdos relativos a la utilización de los cursos de agua internacionales o los tratados bilaterales en materia ambiental.

10. C. Hillgruber. - *La defensa de un concepto jurídico*. INDRET. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, Febrero de 2009. Pág. 12. vDisponible en: http://www.indret.com/pdf/593_es.pdf

11. Una excepción son las islas volcánicas que suelen emerger de las profundidades de los océanos. Únicos casos en los que podría plantearse su carácter de *res nullius*. Pero aun así cabría discutir dicho carácter si las mismas surgieran en el espacio marítimo sobre el que algún Estado pudiera ejercer derechos.

12. Este carácter fue descartado en cuanto a las posesiones españolas en América en virtud del *uti possidetis juris*, de acuerdo a lo establecido por la CIJ en el par. 157 del caso de la disputa territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (Nicaragua c. Honduras) del 8 de octubre de 2007.

para que opere la transferencia de la soberanía¹⁷. También dejamos de lado la prescripción adquisitiva¹⁸, aunque la misma pudiera surgir en la jurisprudencia internacional en forma solapada, precisamente por la inacción de quien se considerara con derecho sobre ese territorio.

En relación directa aparece el **segundo elemento**: la posesión efectiva del territorio. Aquí aparecen las características del territorio ocupado, en cuanto a las posibilidades de su apropiación. En tal sentido la doctrina y la jurisprudencia son contestes en reconocer que no todos los territorios presentan las mismas características, por lo que el concepto de ocupación ha sido aplicado de forma flexible. Una de las citas habituales es la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental¹⁹, en la que se reconoce esta situación.

A renglón seguido se plantean las características en la práctica del ejercicio de esa ocupación. Es aquí donde a la toma de esa posesión se agrega el **tercer elemento**, el *animus domini*. Su ejercicio ha sido también objeto de numerosas controversias sobre la posesión efectiva, en base al principio de efectividad y por oposición a la posesión simbólica. En este particular existen numerosas manifestaciones de la soberanía sobre el territorio, traducido en el efectivo ejercicio de la jurisdicción, siempre conforme a las características particulares del territorio, como venimos diciendo. Nos detenemos brevemente en este punto ya que no se trata de un tema superado por el tiempo sino que constituye la cuestión de fondo de controversias internacionales de

17. En esta situación existe un Estado que cede la soberanía, no solamente la administración, a favor de otro Estado, que la acepta. Así ocurrió en la Convención Preliminar de Paz de Versalles (1871) en la que Francia cedía a Alemania Alsacia y Lorena, la adquisición de Alaska por parte de Estados Unidos a Rusia, entre otros ejemplos. Un caso de cesión de la administración fue el acuerdo que permitió la construcción del Canal de Panamá, restando la soberanía territorial en manos de Panamá. Este tema se conoció como el desdoblamiento entre la soberanía y la supremacía territorial. El acuerdo entre Panamá y Estados Unidos constituyó un desdoblamiento legal, mientras que en la toma de las Islas Malvinas por parte de Gran Bretaña se trata de un desdoblamiento ilegal, por haberse ejecutado por la fuerza.

18. Simplemente mencionamos el tema, en tanto el transcurso del tiempo reviste importancia en cuanto a la constatación de la efectividad de una posesión, como así también de las actitudes asumidas por el Estado que resulta desposeído de la soberanía como así también de los terceros Estados.

19. "Il est impossible d'examiner les décisions rendues dans les affaires visant la souveraineté territoriale sans observer que, dans beaucoup de cas, le tribunal n'a pas exigé de nombreuses manifestations d'un exercice de droits souverains pourvu que l'autre Etat en cause ne pût faire valoir une prétention supérieure. Ceci est particulièrement vrai des revendications de souveraineté sur des territoires situés dans des pays faiblement peuplés ou non occupés par des habitants à demeure". Corte Permanente de Justicia Internacional. Fascículo N° 53. Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental, pág. 46.

trascendencia, aún no resueltas, como ocurre con la soberanía sobre las Islas Malvinas y sobre la Antártida, particularmente la primera en cuanto al ejercicio de la jurisdicción y la segunda en punto a la ocupación efectiva²⁰.

Finalmente el requisito de la publicidad se ha ido modificando con el transcurso del tiempo de manera que consideramos que una transferencia de soberanía territorial jurídicamente válida, como puede ser una cesión a través de un acuerdo internacional, quedaría cubierta por el registro de dicho tratado.

Ahora bien, el transcurso del tiempo ha afectado la aplicación del derecho en distintas controversias, de allí que en la actualidad la interpretación de los citados elementos deba hacerse no ya solamente a través de la aplicación por parte de los tribunales internacionales sino a la luz de la intertemporalidad del derecho y por ende la fecha crítica.

Es posible definir a la primera de ellas como "...la aplicación del derecho vigente al momento de producirse situaciones que implican el nacimiento, modificación o extinción de derechos y obligaciones. Integra el concepto de intertemporalidad, la adaptación o adecuación del derecho ya adquirido a la evolución del Derecho Internacional general"²¹. En ella cobra especial importancia el mantenimiento del derecho adquirido. Se destaca en este punto la permanencia del derecho. M. Kohen se refiere a ella como "Otra regla técnica, destinada a canalizar el rol del tiempo en las relaciones jurídicas, especialmente en lo que concierne a la búsqueda del derecho aplicable cuando se examinan hechos en momentos diferentes..."²², y también a la necesidad de apreciar cada acto o situación a la luz de las reglas de derecho que les son contemporáneas.

La segunda "...es la determinación en el tiempo del surgimiento de un conflicto entre Estados". En este caso se destaca la diversidad en el tiempo de los hechos alegados por las partes, lo que requiere de su análisis a la luz del Derecho Internacional vigente al momento de la verificación de cada uno de esos hechos. Producida la determinación de la fecha crítica, los hechos

20. En el tema antártico las posiciones de los estados que integran el sistema antártico difieren tanto en el fondo como en la forma. Sin embargo, más allá de las discrepancias producidas en todo tiempo entre Argentina y Chile, y de la concepción de cada uno respecto de la Antártida, ambos lograron que la posible solución en un futuro, los encuentre unidos en la reclamación de sus respectivos derechos. En efecto, para Chile la Antártida constituye uno de los lados de su soberanía, que se despliega entre la Cordillera de los Andes, el desierto, el océano y el Polo Sur, mientras que para Argentina éste no constituye un límite sino el vértice sobre el que se apoya su reclamación.

21. VINUESA, Raúl E. *El conflicto por las Islas Malvinas y el Derecho Internacional*. Editorial del C.de E. I. de Buenos Aires. Pág. 5

22. M. Kohen. *Possession contestée et souveraineté territoriale*. Punto 337.

posteriores pueden deteriorar los derechos oponibles de una parte frente a la otra. En el caso de las Islas Malvinas, si tomamos como fecha crítica la de 1766 (primer asentamiento británico) o la de 1833 (toma por la fuerza), vemos que ya no eran *res nullius* por estar sometidas a la soberanía española y de las Provincias Unidas del Río de la Plata respectivamente²³. Este punto ha sido resuelto por distintos tribunales internacionales²⁴, a lo que nos remitimos, en honor a la brevedad. Planteada la continuidad de los derechos del antecesor en el sucesor, éste se ve beneficiado por los derechos adquiridos pero a su vez se encuentra obligado a continuar con el ejercicio de esos derechos.

La importancia de este tema fue objeto de un tratamiento específico por parte del Institut de Droit International en su sesión de Wiesbaden (1975) en la que se adoptó una resolución sobre el Problema intertemporal en Derecho Internacional Público, en cuyo primer punto sostuvo que:

*"A défaut d'une indication en sens contraire, le domaine d'application dans le temps d'une norme de droit international public est déterminé conformément au principe général de droit, d'après lequel tout fait, tout acte et toute situation doivent être appréciés à la lumière des règles de droit qui en sont contemporaines"*²⁵.

Esta sería la regla general, a continuación de la cual desgrana una serie de posibilidades que permiten su aplicación en diferentes tipos de controversias.

Un caso interesante lo ofrece el laudo arbitral del 21 de octubre de 1994, en la Controversia sobre el recorrido de la traza de límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy (Argentina/Chile), en cuyo punto 84 dice:

"... De acuerdo con la argumentación chilena, no es posible interpretar su pretensión de 1898 – 1902 fundándose en los conocimientos geo-

23. La prueba viene proporcionada por la expulsión de los británicos en la primera ocasión por las autoridades españolas con sede en el Río de la Plata y retornaron a las mismas como consecuencia de negociaciones con la corona española.

24. Es citado habitualmente el Caso Isla de Palmas, en el que el tribunal sostuvo que *"Sobre la cuestión de cuál de los diferentes sistemas jurídicos prevalecientes en sucesivas épocas ha de ser aplicado en un caso específico -el llamado derecho intertemporal- se debe distinguir entre creación de derechos y existencia de derechos. ... En el siglo diecinueve, el Derecho Internacional, en consideración al hecho de que la mayor parte de la tierra estaba bajo la soberanía de Estados miembros de la comunidad internacional y que los territorios sin dueño eran relativamente escasos, tomó nota de la tendencia ya existente y desarrollada especialmente desde mediados del siglo dieciocho y sentó el principio de que la ocupación, para fundar una reclamación de soberanía territorial, debe ser efectiva, es decir, ofrecer ciertas garantías a otros Estados y a sus nacionales"*.

25. Disponible en: http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1975_wies_01_fr.pdf

gráficos actuales sino en los de esa época, en la cual había aún zonas inexploradas y otras conocidas deficientemente..."

Y agrega en el párrafo 85:

"... hay discrepancias entre las Partes acerca de cuál fue la pretensión máxima de Chile en el arbitraje de 1898 – 1902... no podría interpretarse lo entonces decidido conforme a criterios que se expongan ante el tribunal de 1991 que no se hicieron valer en aquel juicio... a pretensión máxima de Chile en 1898 – 1902 debe ser buscada en las presentaciones de ese país ante aquel Árbitro".

Es importante destacar aquí la influencia del transcurso del tiempo que, tal como ya lo señalara el árbitro Max Huber en el caso Isla de Palmas, afecta a la determinación de la norma aplicable en el tiempo al examinar los títulos invocados por las partes. En esa oportunidad estableció dos reglas: a) que la validez o existencia de un derecho se rige por la ley en vigor en el momento de su origen o nacimiento, y b) un derecho que nace bajo un régimen jurídico, para continuar siendo válido a través del tiempo, debe ajustarse a las condiciones exigidas por los regímenes jurídicos posteriores²⁶.

III. LAS MÁS RECIENTES CONTROVERSIAS

A partir entonces de las consideraciones precedentes, es posible avanzar sobre las más recientes controversias en las que se ha visto implicado el Estado, frente a su territorio.

Más arriba citamos el principio de efectividad, como uno de los elementos cruciales en la relación entre el Estado y su territorio. En este orden cabría avanzar sobre otro principio, esencial a las reclamaciones sobre espacios marítimos como aquel que indica que la tierra domina al mar²⁷. Es en este punto donde los párrafos precedentes cobran especial significación.

Ahora bien, concretados los elementos sobre los cuales se apoyaba la adquisición de la soberanía territorial, particularmente hasta el Siglo XIX por ser éste el siglo de la independencia de nuestras repúblicas americanas, en el último siglo la numerosas controversias sometidas a tribunales internacionales

26. Citado por J. Barberis, en *El territorio del Estado y la soberanía territorial*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 2003. Pág. 89.

27. *"... la terre est la source juridique des pouvoirs qu'un État peut exercer dans les prolongements maritimes ..."* Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte. 1969, par. 96.

"... c'est l'adjacence au territoire de l'État côtier qui est le critère primordial de la définition du statut juridique des zones immergées ..." Caso de la plataforma continental Túnez c/ Libia, 1982, par. 73

les tuvieron como eje la disputa por espacios marítimos y continúa siéndolo en la actualidad ²⁸.

Sin embargo, no todos los principios aplicables al territorio terrestre fueron admitidos en la resolución de las más recientes controversias. En efecto, uno de los principios más caros a la descolonización en nuestro continente, como es el *uti possidetis* ²⁹, no es admitido de la misma manera que los otros ³⁰, afectado sensiblemente por la intertemporalidad del derecho.

28. G. R. Salas. Los Estados Latinoamericanos y la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. En Anuario Argentino de Derecho Internacional. Vol. XVIII. 2009.

29. En la disputa territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (Nicaragua c. Honduras) del 8 de octubre de 2007, par. 151 encontramos su reconocimiento como principio de Derecho Internacional General en los siguientes términos "*La Cour a reconnu que le «principe de l'uti possidetis s'[était] maintenu au rang des principes juridiques les plus importants» en matière de titre territorial et de délimitation des frontières au moment de la décolonisation (Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 567, par. 26).*"

En su origen, este principio aparece en el Tratado de Unión y Alianza entre Paraguay y lo que luego se denominaría las Provincias Unidas del Río de la Plata (1811); fue enunciado en la República de Colombia en el Congreso de Angostura (1819), especialmente en el art. 2 de la Ley Fundamental de la República de Colombia, lo ratifica en la Constitución de Cúcuta de 1821, y reaparece en el art. 2 de la Constitución de los Estados Unidos de México (1824), en el Tratado de Liga y Confederación Perpetua firmado en Panamá (1826), en cuyos artículos 21 y 22 se confirma una vez más que la doctrina que logra el equilibrio y la paz continental americana reposa en el *Uti possidetis juris* de 1810. Posteriormente fue reconocido como un principio de derecho público hispanoamericano en el Congreso de Lima de 1848. También lo encontramos en el Tratado Arosemena - Guzmán (1881) en el que se sometía a arbitraje de la corona española la determinación de los límites entre Colombia y Venezuela. Este último culminó con el laudo arbitral de 1891. Ya en el Siglo XX se invocó esta doctrina en diversas ocasiones, ante tribunales arbitrales, como en la controversia de límites entre Colombia y Venezuela, en cuyo laudo se la cita como:

"*Ces territoires, bien que non occupés en fait, étaient d'un commun accord considérés comme occupés en droit, dès la première heure, par la nouvelle République. Des empiétements et des tentatives de colonisation intempestives de l'autre côté de la frontière, comme aussi les occupations de fait, devenaient sans portée ou sans conséquences en droit. Ce principe avait aussi l'avantage de supprimer, on l'espérait, les contestations de limites entre les nouveaux États. Enfin, ce principe excluait les tentatives des États colonisateurs européens sur des territoires qu'ils auraient pu chercher à proclamer res nullius*" (Affaire des frontières Colombo-Vénézuéliennes, Sentence arbitrale du 24 mars 1922, Reports of International Arbitral Awards, Volume I, United Nations, p. 228).

Surge así el *uti possidetis* con base en dos elementos esenciales: por un lado la inexistencia de territorios *res nullius* en nuestro continente y por otro lado el respeto de los límites administrativos preexistentes, que se transformaron en fronteras internacionales. El tercer elemento, sujeto a discrepancias por la doctrina de la época y posteriormente, fue la validez para los nuevos estados de los tratados de límites celebrados entre las potencias coloniales.

30. A pesar de haber sido invocado, entre otros por Honduras, en la controversia con Nicaragua sometida a la Corte Internacional de Justicia, que en su sentencia de 2007, par. 79 dice: "*L'argument principal du Honduras consiste à affirmer qu'il détient sur les îles en litige un titre originaire découlant de la doctrine de l'uti possidetis juris. Le Honduras partage la conviction du Nicaragua qu'au moment de l'indépendance, en 1821, aucune des îles et cayes en litige n'était*

Uno de los fundamentos radica en la dificultad para afirmar su aplicación a los espacios marítimos durante la existencia del sistema colonial español en América, y así fue objeto de discusión entre Nicaragua y Honduras:

"234. *La Cour relève en outre que, au moment de l'indépendance, le Nicaragua et le Honduras, en tant que nouveaux États indépendants, avaient droit, en vertu du principe de l'uti possidetis juris, aux territoires continentaux et insulaires ainsi qu'aux mers territoriales des provinces correspondantes. La Cour a toutefois déjà conclu qu'il n'était pas possible de déterminer la souveraineté sur les îles en question sur la base du principe de l'uti possidetis juris ... Il n'a pas davantage été démontré que la Couronne espagnole aurait réparti sa juridiction maritime entre les provinces coloniales du Nicaragua et du Honduras, même dans les limites de la mer territoriale. Si l'on peut certes accepter l'idée que tous les États ont accédé à l'indépendance en ayant eu droit à une mer territoriale, cette réalité juridique ne détermine pas le tracé de la frontière maritime entre les mers adjacentes des États voisins...*"

Es posible intentar varios razonamientos al respecto, uno de ellos podría ser la relativa importancia de los espacios marítimos en la etapa colonial americana, ligados casi exclusivamente a cuestiones defensivas, especialmente en el mar Caribe. Otro podría ser la necesidad de probar la existencia de esos espacios en dicha etapa, más allá aún de las dificultades que planteaba la falta de precisión de las respectivas divisiones administrativas, al momento del acceso a la independencia. En este punto la propia CIJ remarca que controversias planteadas en el ámbito internacional derivan de normas que correspondían ya al derecho constitucional o administrativo del soberano antes de la independencia, en este caso al derecho colonial español, que no proporcionaba una respuesta clara y categórica a la cuestión de saber a cuál división administrativa pertenecían zonas marginales o poco pobladas.

En definitiva, y sea cual fuere el objeto de la disputa, es claro que el interés del Estado sobre los espacios marítimos persigue dos fines: por un lado el control jurisdiccional de las actividades que se cumplen en dichos espacios y por otro el aprovechamiento de los recursos naturales. En relación al primero vemos que de la doctrina tradicional del Siglo XIX en virtud de la cual los espacios marítimos reclamados por el Estado ribereño se superponían con el

terra nullius. Il estime toutefois que le cap Gracias a Dios, qui se situe le long du 15e parallèle, constituait alors la limite terrestre et maritime entre les provinces du Honduras et du Nicaragua. En vertu de l'uti possidetis juris, les îles situées au nord du 15e parallèle et qui avaient appartenu à l'Espagne seraient donc revenues à la République nouvellement indépendante du Honduras".

concepto de soberanía sobre dichos espacios³¹, se avanzó hacia un desdoblamiento en el que la zona económica exclusiva y la plataforma continental no caen ya en la órbita de la soberanía sino de la existencia en manos del Estado territorial de derechos, limitados a la exploración y explotación de los recursos naturales³². Es lo que P. Weil llama los *derechos soberanos de carácter funcional*³³.

Y fue en la incorporación de estos últimos derechos a la práctica y al Derecho Internacional del Mar en la que Latinoamérica desempeñó un rol destacado en pos de obtener su reconocimiento y aplicación a nivel general.

IV. CONCLUSIÓN

Como se desprende de los párrafos precedentes, la vinculación del Estado con su territorio constituye las dos caras de una misma moneda, en tanto el uno presume al otro, unidos en forma indisoluble por la soberanía.

Más allá de esos lazos indisolubles, el reconocimiento de la soberanía sobre los espacios sometidos al Estado implicó la necesidad de un avance en su estudio y aplicabilidad práctica. A pesar de ello, aún existen cuestiones a resolver, superando las diferentes posiciones y profundizando esa relación ya en épocas más recientes, aunando derechos con responsabilidad y competencias estatales.

BIBLIOGRAFÍA

- BARBERIS, Julio A. *El territorio del Estado y la soberanía territorial*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. 2003.
- GARAY VERA, Cristian. *La imaginación territorial chilena y la apoteosis de la Armada de Chile 1888-1940. Otra mirada a los límites "naturales"*. Universidad de Santiago de Chile. 2011.
- GROS ESPIELL, Héctor. *El derecho intertemporal y las formas de adquisición del territorio en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Disponible en:

31. Como ocurre con las aguas interiores, el mar territorial o las aguas archipelágicas.

32. J. A. Barberis. *El territorio del Estado y la soberanía territorial*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 2003. Pág. 193.

33. P. Veil. *Écrits de Droit International. Théorie générale du droit international. Droit des investissements privés internationaux*. Presses Universitaires de France. París. 2000, pág. 257. Citando el laudo arbitral dictado en el caso de la Delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea Bissau.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/14/pr/pr9.pdf>

- HILLGRUBER, Christian. *Soberanía – La defensa de un concepto jurídico*. INDRET. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, Febrero de 2009. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/593_es.pdf
- INFANTE CAFFI, María Teresa. *Regímenes jurídicos de neutralidad*. <http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdiagonalnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2649563.pdf&ei=FUJIVLePDMXnsATt1IGYAg&usg=AFQjCNHpeRmGsK3uLHLkTh9u2kUxCd1EdA&bvm=bv.77880786,d.cWc>
- KOHEN, Marcelo. *Possession contestée et souveraineté territoriale*. Disponible en: <http://books.openedition.org/iheid/1299?lang=es>
- LEIVA LAVALLE, Patricio. *Diálogos sobre La Haya. El límite marítimo entre Chile y Perú*. Konrad Adenauer Stiftung. Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales. Universidad Miguel de Cervantes. Santiago de Chile. 2010.
- ORREGO VICUÑA, Francisco, María Teresa INFANTE, Pilar ARMANET ARMANET. *Política antártica de Chile*. Instituto de Estudios Internacionales de Chile. Santiago de Chile. 1084.
- SALAS, Graciela R. *Soberanía y Recursos Naturales Un enfoque americano*. En XL Curso de Derecho Internacional. Río de Janeiro. 2013.
- VEIL, Prosper. *Écrits de Droit International. Théorie générale du droit international. Droit des investissements privés internationaux*. Presses Universitaires de France. París. 2000.
- VINUESA, Raúl E. *El conflicto por las Islas Malvinas y el Derecho Internacional*. Editorial del C. de E. I. Buenos Aires. 1982.

CASOS

- Caso Isla de Palmas opinión individual de Max Huber, Laudo arbitral.
- Caso de las fronteras Colombo-Venezolanas, Sentencia arbitral.
- Controversia sobre el recorrido de la traza de límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy (Argentina/Chile), Laudo arbitral.
- Caso de la disputa territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (Nicaragua c. Honduras). Corte Internacional de Justicia.
- Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental. Corte Permanente de Justicia Internacional.
- Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte. 1969. Corte Internacional de Justicia.
- Caso de la plataforma continental Túnez c/ Libia, 1982. Corte

Internacional de Justicia.

- Caso del diferendo fronterizo (Burkina Faso/République du Mali), Sentencia (1986). Corte Internacional de Justicia

CONVENIOS

- Tratado de Unión y Alianza entre Paraguay y las Provincias Unidas del Río de la Plata
- Tratado Arosemena – Guzmán (1881) entre Colombia y Venezuela. Laudo arbitral (1891).
- Tratado de Liga y Confederación Perpetua firmado en Panamá (1826)

LEGISLACIÓN INTERNA

- Constitución Colombiana de Cúcuta (1821).
- Constitución de los Estados Unidos de México (1824).

ARTÍCULOS

O ATIVISMO REGIONAL DO BRASIL EM MATÉRIAS DE DIREITOS HUMANOS A PARTIR DOS ANOS 90 E OS DIREITOS HUMANOS NO PROTOCOLO DE ASSUNÇÃO

Gabriella COELHO SANTOS*
Nathalia MOREIRA SOARES**

RESUMO: Houveram mudanças mais do que significativas no ativismo regional e internacional brasileiro em matéria de Direitos Humanos, a partir dos anos 90, período no qual foi dada ao tema a devida importância na agenda de política externa. Tal incorporação se deu principalmente pelas recomendações de convenções internacionais e ao interesse brasileiro pela cooperação e aproximação com a sua própria região ¹. O número de viagens presidenciais para a América do Sul para reuniões, cúpulas oficiais e encontros informais com a região são um dos principais acontecimentos da política externa brasileira da época ². Destaca-se, entre as atividades que incluem o Brasil acerca da temática, o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos realizado pelo Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Este estudo possui como objetivo analisar a inclusão do tema Direitos Humanos nas principais pautas de política externa brasileira, a partir dos anos 90, o porquê de tal evento e a importância para a aproximação com os seus vizinhos. Por fim, optou-se por investigar o caso concreto da relação entre Brasil e MERCOSUL, com intuito de concretizar a análise do ativismo regional do país.

PALAVRAS-CHAVE: Política Externa. Direitos Humanos. Mercosul. Protocolo de Assunção.

Fecha de recepción del original: 25 de mayo de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 9 de junio de 2015.

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Participa como membro do Grupo de Estudos e Pesquisa de Direito Internacional e do Grupo de Pesquisa sobre a história da cultura jurídica – ORDO IURIS. E-mail para contato: gabriellacoelhosantos@hotmail.com

** Graduanda em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Uberlândia, integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa de Direito Internacional e integrante da Coletiva Feminista Flôr de Cacto. E-mail para contato: nathalia.soares@outlook.com

1. SPEKTOR, Matias. Ideias de ativismo regional: a transformação das leituras brasileiras da região. *Revista Brasileira de Política Internacional*. Vol. 53, p.25.

2. Idem, p.2.

RESUMEN: Hubo cambios significativos en el activismo regional e internacional brasileño de Derechos Humanos, a partir de los años 90, período en el que fue dado al tema la importancia debida en la agenda de política exterior. Esta fusión se debió principalmente a los convenios y recomendaciones internacionales, a los intereses de Brasil en la cooperación y el acercamiento con su propia región. El número de los viajes presidenciales a América del Sur para las reuniones, cumbres y reuniones informales con la región son uno de los principales acontecimientos de la política exterior brasileña de la época. Destaca entre las actividades que incluyen Brasil sobre el tema, el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos llevado a cabo por el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Este estudio tiene el objetivo de analizar la inserción de los Derechos Humanos en los principales lineamientos de la política exterior brasileña, desde los años 90, por qué tal evento y la importancia de estrechar los lazos con sus vecinos. Finalmente, se decidió investigar el caso de la relación entre Brasil y el Mercosur, con el objetivo de completar el análisis del activismo regional en el país.

PALABRAS CLAVE: Política Exterior. Derechos Humanos. Mercosur. Protocolo de Asunción.

ABSTRACT: Really significant changes happened in the Brazilian regional and international activism on Human Rights since the 90s. During this decade, the subject was given its well-deserved importance in the foreign policy agenda. This incorporation was mainly caused by international conventions and recommendations; and the Brazilian interest in cooperation and rapprochement with the southern region. The number of presidential trips to South America for meetings, summits official and informal meetings with the region, are one of the main events of Brazilian foreign policy of the time. Stands out among the activities that include Brazil on the theme, the Asunción Protocol on Commitment to the Promotion and Protection of Human Rights carried out by the Southern Common Market (MERCOSUR). This study aims to analyze the inclusion of the topic of Human Rights in the main guidelines of Brazilian foreign policy starting from the 90s, the reasons behind this event the importance of getting closer relationships with its neighbors. Finally, it was decided to investigate the case of the relationship between Brazil and Mercosur, with the aim of completing the analysis of regional activism in the country.

KEY WORDS: Foreign policy. Human Rights. Mercosul. Protocol of Assunção.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS NA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA – 3. DIREITOS HUMANOS: ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES (MRE) – 4. DIREITOS HUMANOS: RELAÇÃO ENTRE BRASIL E MERCOSUL – REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A partir dos anos 80, a maior preocupação da diplomacia brasileira voltou-se para a região da América do Sul, evento inédito, que moldou a aproximação e cooperação com os seus vizinhos, possivelmente devido as configurações estruturais e institucionais do país na época³.

A Política Externa do presidente Fernando Henrique Cardoso contribuiu para posicionar o Brasil entre os países que aderem a valores considerados universais, como a democracia, estabilidade econômica e direitos humanos, temas aos quais o Brasil ainda não estava conectado até o momento. Fazia parte da estratégia brasileira de regionalismo, lidar com várias questões referentes a temas em destaque no momento, como as normas internacionais de democracia e direitos humanos, proliferação nuclear, segurança internacional e migração⁴.

A década de 90 representou a inclusão dessas preocupações na agenda internacional, onde o Brasil visava ganhos a partir dessa atuação.

No governo Lula, com a mudança das elites econômicas, e assim a mudança da forma como era realizada a Política Externa, entram formuladores com visões desenvolvimentistas, que visavam principalmente a cooperação Sul-Sul. O Brasil passa a se identificar com a identidade latino-americana, e com isso busca o desenvolvimento de seus vizinhos, não somente pelo interesse coletivo, mas pelo que o desenvolvimento da região poderia significar na sua atuação internacional.

Cabe advertir que, ainda no governo Lula, foi assinado juntamente com os outros países membros do MERCOSUL o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos. Este documento é pioneiro no bloco econômico e consiste em um importante instrumento para regulamentar e tutelar as relações que envolvem a temática de direitos humanos entre as partes do Mercado Comum. Desse modo, analisar-se-á este documento em tópico subsequente.

São intensificados então ações que buscavam a diminuição das assimetrias entre os países da região.

3. SPEKTOR, Matias. Ideias de ativismo regional: a transformação das leituras brasileiras da região. *Revista Brasileira de Política Internacional*. Vol. 53, p. 25.

4. Idem, p.28.

II- BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS NA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA

Em 1948 foi promulgada a Declaração Americana e Universal dos Direitos Humanos, e a partir daí, o tema de direitos humanos foi ganhando cada vez mais importância e espaço na agenda internacional contemporânea. Surgiram posteriormente novos instrumentos de proteção, acompanhando os vários acontecimentos e violações dos direitos humanos no mundo, como a tortura, a discriminação, a questão dos refugiados, a pobreza, entre outros. Esses instrumentos garantiam a inseparabilidade dos temas dos direitos humanos, que antes eram compartimentados em direitos civis e políticos; e, direitos econômicos, sociais e culturais, tendo em vista a necessidade da solução para as violações decorrentes da falta desses direitos.

Em 1977 foi o primeiro ano que o Brasil se pronunciou sobre o tema Direitos Humanos, na XXXII Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), e anunciou sua entrada na Comissão de Direitos Humanos (CDH), com o objetivo de participar ativamente na promoção e efetivação das normas estabelecidas pela CDH. Ação significativa, quando analisada a conjuntura estrutural do Brasil na época, onde eram empenhados esforços para a redemocratização do país, e tentava-se melhorar a imagem do Brasil como violador dos direitos humanos ⁵.

Pode-se considerar que o Brasil adotou cedo mecanismos de reconhecimento e proteção dos direitos humanos. Porém, durante o regime militar brasileiro (64-85), houveram retrocessos no cumprimento das normas básicas estabelecidas nesses acordos ⁶.

A adoção da nova Constituição Federal de 1988 afirmou a redemocratização do país, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais de trabalho e livre iniciativa, e o pluralismo político ⁷. Eram firmados também os compromissos nas relações internacionais, pelo princípio da "prevalência dos Direitos Humanos" (art.4º, II), que devem prevalecer e nortear as ações brasileiras. No plano interno, na forma de cláusulas pétreas, os direitos humanos são garantidos a todos os povos, somados por diversos tratados internacionais assinados pelo Brasil ⁸.

5. BRANDÃO; PEREZ. A Política Externa de Direitos Humanos. *Revista do Itamaraty*, Brasília, p. 1.

6. GONZÁLEZ, Rodrigo. A política de promoção aos direitos humanos no governo Lula. *Revista Debates*, v.4, n.2. Porto Alegre, 2010.

7. CF. Art. 1º. Brasil, 1988.

8. BRANDÃO; PEREZ. A Política Externa de Direitos Humanos. *Revista do Itamaraty*, Brasília, p. 2.

No início dos anos 90, o Brasil adota os Pactos Internacionais dos Direitos Humanos e contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, considerado um dos mais importantes instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos ⁹.

O Ministério das Relações Exteriores em 1993 reuniu diversos representantes do Ministério da Justiça, da Procuradoria Geral da República, parlamentares, ONGs e outras organizações promotoras dos Direitos Humanos, para tratar do tema, a fim de elaborarem um relatório com o diagnóstico das mais emergenciais dificuldades do país, para que fosse preparada a agenda do Brasil para a Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993 ¹⁰.

Em 1995, com a entrada de Fernando Henrique Cardozo na presidência do Brasil, a diplomacia brasileira reforçou o seu compromisso pelo respeito aos direitos humanos. Foi lançado o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), em 1996, onde eram seguidas as recomendações da Declaração e Programa de Ação de Viena (DPVA).

III. DIREITOS HUMANOS: ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES (MRE)

Houve muitas críticas domésticas quanto ao ativismo regional dos presidentes FHC e Lula, onde tais, segundo diversos jornais e críticos de oposição, estavam exercendo planos ambiciosos e exibicionistas ao se arriscarem em problemas externos, como os direitos humanos, quando a situação interna não estava à altura de tais proposições, mesmo o Brasil sendo considerado como uma potência regional.

Estudiosos como Spektor, afirmam que tal atuação regional é resultado da proliferação de acordos assumidos em todo o mundo, e reflexo das ambições internacionais que o Brasil carrega, há anos, e que se fortaleceu após a redemocratização. Ambições essas que se espalham por todas as áreas, não só pela consciência da promoção do engajamento regional.

No que diz respeito à matéria de direitos humanos, o Ministério das Relações Exteriores (MRE) ou chamado também de Itamaraty, órgão da administração pública federal, responsável pelas relações exteriores do Brasil com os demais países, segue uma política de valorização do tema, seguindo os seguintes princípios:

9. Decreto nº 1.904. *Programa Nacional de Direitos Humanos*. PNDH, 1996.

10. Idem.

- Reconhecimento da legitimidade da preocupação internacional com a situação dos direitos humanos em qualquer parte do mundo. [...]
- Universalidade dos direitos humanos. [...]
- Indivisibilidade e interdependência de todos os direitos. Não é possível dissociar a realização dos direitos civis e políticos dos sociais, econômicos e culturais, nem hierarquizar os direitos.

Seguindo as premissas das Nações Unidas, da promoção dos direitos e liberdades, estabelecida pela Declaração dos Direitos Humanos de 1948, assim como a cooperação com os demais países participantes da convenção, junto a ONU, é legitimado por esse instrumento a participação e cooperação da comunidade internacional no tema dos direitos humanos, independentemente da região, assim como, segundo o MRE, para cumprir os valores éticos que fazem parte da identidade permanente do Brasil.

O Brasil respeita a validade universal dos direitos humanos, que independentemente da religião, da cultura e das particularidades de cada país, todos possuem acesso as liberdades e direitos consagrados em 1948, porém acredita que não devem ser ocultadas as peculiaridades de cada região, que enriquecem toda a sabedoria cultural, possibilitando a cooperação efetiva para a solução dos problemas de direitos humanos.

O MRE, rebatendo certas críticas, como o da falta de capacidade interna brasileira para resolver problemas externos, afirma que mesmo sabendo-se das dificuldades, também materiais, que o país enfrenta, estas não devem ser utilizadas como desculpa para não atuar nas garantias de direitos e liberdades, pois, a partir do momento em que são afirmados e desfrutados esses direitos básicos, é promovido também o desenvolvimento, não só no Brasil, mas em toda a região.

Através da cooperação internacional, o espaço de abrangência da proteção e promoção dos direitos humanos extrapola do regional para o global, garantindo a estruturalização e fortalecimento dos direitos humanos em outros Estados.

É nesse sentido que o Brasil e sua política externa vêm buscando avanços, criando mecanismos para o acompanhamento da situação dos direitos humanos no país e na região, visando a cooperação regional e a cooperação no sistema internacional, sendo um grande copatrocinador de diversas iniciativas nesse sentido.

IV. DIREITOS HUMANOS: RELAÇÃO ENTRE BRASIL E MERCOSUL

Destaca-se da relação entre Brasil e o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) perceptível solicitude quanto à pauta de direitos humanos uma vez, pois, em 20 de junho de 2005 surge o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos. A insurgência deste documento representa importante avanço referente à política externa brasileira. Porém, cabe notar que este liame ocorreu tardiamente e foi promulgado pelo país cinco anos depois, por meio do Decreto Nº 7.225, de 1º de julho de 2010.

O documento foi assinado por Rafael Bielsa, Celso Luiz Nunes Amorim, Leila Rachid e Reinaldo Gargano – representantes respectivamente das Repúblicas da Argentina, Federativa do Brasil, do Paraguai e Oriental do Uruguai. Dispõe de nove artigos que foram acordados na cidade de Assunção, capital do Paraguai, nos idiomas oficiais (espanhol e português).

No preâmbulo do protocolo, em questão, identifica-se a expressão de vastos documentos precedentes sobre o tema de direitos humanos ou análogos. Este destacou, o (1) Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL a República da Bolívia e a República do Chile, (2) a Declaração Americana de Direitos e deveres do Homem, (3) a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, (4) a Carta Democrática Interamericana, bem como (5) a Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993. Desse modo, o protocolo de Assunção legitima seu respectivo discurso e oferece credibilidade ao documento.

Concomitantemente com estas citações, o documento ressalta a decisão CMC Nº 40/04 que cria a Reunião de Altas Autoridades sobre Direitos Humanos do MERCOSUL. Percebe-se, portanto, uma estrutura na instituição do Mercado Comum do Sul para sanar os debates acerca desta temática. O conselho do MERCOSUL ressalta, nesta decisão, que para a construção de sociedades livres e a busca do desenvolvimento econômico e social é elementar a presença dos direitos humanos. Reconhece, ademais, que a proteção e promoção dos direitos dos cidadãos dos membros do mercado comum, bem como associados, são escopos principais para o desenvolvimento da integração na América do Sul. Por fim, o conselho considera que incorporado aos valores das sociedades sul-americanas encontram-se as liberdades individuais, os princípios democráticos e o estado de direito.

Nota-se presente, no preâmbulo do protocolo, princípios de cunho ideoló-

gico e fundamentador das diretrizes adotadas no documento. A saber, (PARAGUAI, 2005):

RECONHECENDO a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e inter-relação de todos os direitos humanos, sejam direitos econômicos, sociais, culturais, civis ou políticos; (...) **REAFIRMANDO** que a vigência da ordem democrática constitui uma garantia indispensável para o exercício efetivo dos direitos humanos e liberdades fundamentais, e que toda ruptura ou ameaça ao normal desenvolvimento do processo democrático em uma das partes põe em risco o gozo efetivo dos direitos humanos. (grifo do autor)

Os dispositivos jurídicos acordados apresentam-se condensados em três vertentes. A primeira linha indica artigos que expressam a relação entre direitos humanos e o MERCOSUL, a segunda aponta o liame entre direitos humanos e a relação entre os estados partes dessa integração regional, e a terceira apresenta acerca de procedimentos que serão adotados caso haja ruptura superveniente com os direitos humanos. Para elucidar esta divisão, segue quadro comparativo:

QUADRO 1 – Artigos do Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos sob a perspectiva de três vertentes

PRIMEIRA VERTENTE - ARTIGO 1: A plena vigência das instituições democráticas e o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais são condições essenciais para a vigência e evolução do processo de integração entre as Partes.

ARTIGO 7: O presente Protocolo se encontra aberto à adesão dos Estados Associados ao MERCOSUL.

ARTIGO 8: O presente Protocolo entrará em vigor trinta (30) dias depois do depósito do instrumento de ratificação pelo quarto Estado Parte do MERCOSUL.

SEGUNDA VERTENTE - ARTIGO 2: As Partes cooperarão mutuamente para a promoção e proteção efetiva dos direitos humanos e liberdades fundamentais através dos mecanismos institucionais estabelecidos no MERCOSUL.

ARTIGO 9: A República do Paraguai será depositária do presente Protocolo e dos respectivos instrumentos de ratificação, devendo notificar às Partes a data dos depósitos desses instrumentos e da entrada em vigor do Protocolo, assim como enviar-lhes cópia devidamente autenticada do mesmo.

TERCEIRA VERTENTE - ARTIGO 3: O presente Protocolo se aplicará em caso de que se registrem graves e sistemáticas violações dos direitos humanos e liberdades fundamentais em uma das Partes em situações de crise institucional ou durante a vigência de estados de exceção previstos nos ordenamentos constitucionais respectivos. A tal efeito, as demais Partes promoverão as consultas pertinentes entre si e com a Parte afetada.

ARTIGO 4: Quando as consultas mencionadas no artigo anterior resultarem ineficazes, as demais Partes considerarão a natureza e o alcance das medidas a aplicar, tendo em vista a gravidade da situação existente. Tais medidas abarcarão desde a suspensão do direito a participar deste processo de integração até a suspensão dos direitos e obrigações emergentes do mesmo.

ARTIGO 5: As medidas previstas no artigo 4 serão adotadas por consenso pelas Partes e comunicadas à Parte afetada, a qual não participará no processo decisório pertinente. Essas medidas entrarão em vigência na data em que se realize a comunicação respectiva à Parte afetada.

ARTIGO 6: As medidas a que se refere o artigo 4 aplicadas à Parte afetada, cessarão a partir da data da comunicação a dita Parte de que as causas que as motivaram foram sanadas. Tal comunicação será transmitida pelas Partes que adotaram tais medidas.

Cabe notar, por fim, que o protocolo de Assunção foi decretado em 2010 no Brasil uma vez, pois, houve aprovação do Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo no 592, de 27 de agosto de 2009. Este acordo entrou em vigor no país dia 3 abril de 2010 com nenhuma ressalva quanto à execução do protocolo. Porém, determinou-se que revisões ou ajustes complementares estão sujeitos à aprovação do Congresso Nacional.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar a importante questão dos Direitos Humanos na política externa, que emergiu na agenda internacional desde a década de 90 e continua a ganhar importância. No contexto brasileiro, discutimos a reaproximação do país com os seus vizinhos e o tema de direitos humanos domesticamente.

É difícil chegar a uma conclusão acerca deste fenômeno por ser recente e ainda estar se desenrolando. Hoje, o Brasil toma diversas iniciativas no plano multilateral para se adequar as normas vigentes no que se relaciona aos Direitos Humanos, buscando se igualar aos países modelos de democracia e deixar o seu passado ditatorial para trás.

Apesar da novidade do tema, algumas conclusões já podem ser delineadas.

Inserida na inter-relação entre o contexto interno e o contexto externo, o binômio democracia-direitos humanos é um tópico que se faz presente nos discursos do Brasil até o período de FHC, com o objetivo de reforçar o peso da redemocratização do país perante o regime internacional de direitos humanos ao indicar o compromisso do país em promover os direitos humanos por meio de menções à Constituição do Brasil e a manutenção do estado de direito” (DA SILVA, 2014, p. 19)

Percebeu-se, em síntese, que o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos enseja relevante progresso na política externa brasileira. Este documento foi um instrumento pioneiro na relação entre os países membros do Mercado Comum do Sul. Desse modo, observa-se que, apesar de tardia, a temática de cunho humanitário tem se elevado.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Celso. O Brasil e os Direitos Humanos: em busca de uma agenda positiva. São Paulo, 2009.

BRANDÃO; PEREZ. A Política Externa de Direitos Humanos. Revista do Itamaraty, N.6, Brasília.

BRASIL. Decreto nº 7.225. 2010.

Constituição Federal do Brasil: BRASIL. Constituição (1998). Constituição Federativa do Brasil.

Decreto nº 1.904. Programa Nacional de Direitos Humanos. PNDH, 1996.

DA SILVA, Danielle Costa. Política externa brasileira de direitos humanos: analisando a trajetória dos direitos humanos após a redemocratização por meio da análise de conteúdo de discurso. Disponível em: <<https://www.academia.edu/7789492/Pol%C3%ADtica_Externa_Brasileira_de_Direitos_Humanos_analisando_a_trajet%C3%B3ria_dos_direitos_humanos_ap%C3%B3s_a_redemocratiza%C3%A7%C3%A3o_por_meio_da_An%C3%A1lise_de_Conte%C3%BDado_de_Discurso>> Acesso em: 17/01/2015

GONZÁLEZ, Rodrigo. A política de promoção aos direitos humanos no governo Lula. Revista Debates, v.4; n.2. Porto Alegre, 2010. Disponível em: < file:///C:/Users/Nathalia/Downloads/16534-64031-2-PB.pdf>. Acessado em: 12/jan. de 2015.

PARAGUAI. Decisão nº40 do conselho do mercado comum: criação da reunião de altas autoridades sobre direitos humanos do mercosul. 2004

PARAGUAI. Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul. 2005

PAULA, Marilene (Org.). Nunca Antes na história desse país. Fundação Heinrich Böll, 2011.

SILVA, Danielle C.. Política Externa Brasileira de Direitos Humanos: Analisando a trajetória dos Direitos Humanos após a redemocratização por meio da análise de conteúdo de discurso. IX Econtro da ABCP, Brasília, 2014. Disponível em:

<https://www.academia.edu/7789492/Pol%C3%ADtica_Externa_Brasileira_de_Direitos_Humanos_analisando_a_trajet%C3%B3ria_dos_direitos_humanos_ap%C3%B3s_a_redemocratiza%C3%A7%C3%A3o_por_meio_da_An%C3%A1lise_de_Conte%C3%BDado_de_Discurso>. Acessado em: 15/jan. de 2015.

SPEKTOR, Matias. Idéias de ativismo regional: a transformação das leituras brasileiras da região. Revista Brasileira de Política Internacional. Vol. 53.

EL CONGRESO DE PANAMÁ (1826) Y LOS ORÍGENES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LATINOAMÉRICA

Elen DE PAULA BUENO *

Victor ARRUDA PEREIRA DE OLIVEIRA**

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo investigar las orígenes del Derecho Internacional en América Latina, que nacieran de los acuerdos legales inaugurados en el Congreso de Panamá de 1826. Aunque parte de la literatura considera que la Primera Conferencia Panamericana, celebrada en Washington, en el año 1889 es el punto de partida del sistema jurídico internacional en América, mostrearemos que el Congreso de Panamá lanzó las bases para la creación y el fortalecimiento del Derecho Internacional Regional y ha consagrado principios pertinentes que son hodiernamente considerados como pilares del Orden Jurídico Internacional. En consecuencia, el objeto de estudio se centrará en la construcción jurídica y en la codificación de un Derecho Internacional Latinoamericano, que se centra el Congreso de Panamá, la expresión máxima de la actuación internacional de los nuevos Estados recién formados de Latinoamérica.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Regional. Latinoamérica. Congreso de Panamá.

ABSTRACT: This paper aims to investigate the origins of International Law in Latin America, cradled legal arrangements inaugurated by the Congress of Panama in 1826. Although part of the literature considers the First Pan-American Conference in Washington, in 1889, as the beginning of the international legal system in America, we will show that the Congress of Panama launched bases for building and strengthening of international law and established relevant prin-

Fecha de recepción del original: 29 de mayo de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 15 de junio de 2015.

* Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Advogada e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo - PROLAM/USP. É bacharel em Direito e em Relações Internacionais pela Universidade Estadual Paulista - UNESP. Pesquisadora do Grupo de Estudos de História do Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: elen.bueno@usp.br

** Mestrando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado e graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Pesquisador do Grupo de Estudos de História do Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: victor.arruda.oliveira@usp.br

ciples, nowadays considered as pillars of the International Legal Order. Accordingly, the object of study will focus on the legal construction and codification of a International Law in Latin America that focuses the Congress of Panama, maximum expression of the international performance of the newly formed States of the Latin American region.

Keywords: International Regional Law. Latin America. Congress of Panama.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Construções Jurídicas Inauguradas no Congresso do Panamá. III. Fracassos e Legados do Congresso do Panamá. IV. Um Direito Internacional latinoamericano? V. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

O Congresso do Panamá de 1826, um dos principais projetos diplomáticos de sua época e herdeiro dos projetos confederativos de Abade Saint-Pierre e Rousseau, tem origem na obra intelectual estratégica do estadista Simón Bolívar. O Congresso marca o surgimento de um movimento de coesão dos Estados latino-americanos, no sentido de criar um "regionalismo", uma liga ou confederação de Estados americanos independentes, que representariam uma união continental tendente a resolver pacificamente os litígios internacionais, abolir o tráfico negreiro e garantir a existência permanente de uma confederação em que todos os Estados participantes tivessem igualdade de tratamento a fim de estabelecer uma aliança contra agressões externas².

A tarefa de confederar as Repúblicas hispano-americanas se inicia pouco depois da criação da Grã-Colômbia, quando Bolívar envia emissários ao Peru, Chile, Argentina e México com o fito de negociarem *Tratados de União, Liga e Confederação Perpétua* de alcance bilateral. Em dezembro de 1824, Bolívar apela aos conteúdos previstos em tratados bilaterais e convoca os governos da Colômbia, Peru, México, Províncias Unidas do Rio da Prata, Chile e posteriormente a República Federal da América Central a celebrarem o Congresso do Panamá.

A escolha da realização do Congresso no Panamá é apontada de acordo com a localização estratégica do país, entre Cidade do México e Buenos Aires, além do valor simbólico como centro do mundo, entre Ásia, África e Europa³.

2. W. Menezes, *Direito Internacional na América Latina*, Curitiba 2007.

3. L. Obregón, "Regionalism Constructed: A Short History of Latin American International Law", *European Society of International Law*, vol. 2 no. 1 (2012), pp. 1-14.

Inicialmente, o projeto idealizado por Bolívar contava apenas com a presença de países hispano-americanos. Posteriormente, os convites foram estendidos para Inglaterra, Estados Unidos e Brasil. C. Bueno⁴ argumenta que o convite aos Estados Unidos esteve essencialmente ligado aos interesses comerciais, de finanças e possessões. A Inglaterra, ao enviar seu representante, estaria interessada em saber até que ponto as novas nações estavam dispostas a aceitar a influência norte-americana. O historiador demonstra ainda que as opiniões estavam divididas no Senado dos Estados Unidos, com uma minoria fortemente contrária à participação e outra partidária, colocando em pauta os aspectos positivos da participação aos interesses nacionais. De fato os Estados Unidos buscavam uma política de neutralidade oposta a quaisquer formas de alianças permanentes. Mas Henry Clay, então secretário de Estado, persuadiu o presidente John Quincy Adams a participar do Congresso não para possíveis formações de alianças, mas por interesses estrategicamente nacionais. A participação e a aproximação com os países do continente poderiam garantir o apoio das nações nos objetivos econômicos norte-americanos, principalmente relacionados à liberdade no âmbito do comércio internacional e aos assuntos concernentes às restrições tarifárias⁵. Os interesses econômicos basicamente se dividiam entre os Estados do sul, que viam os países latino-americanos como competidores de produtos agrícolas e os Estados do norte dos Estados Unidos, entusiasmados com a aproximação e as possibilidades de ampliação das exportações das manufaturas excedentes do mercado interno. Por fim, os delegados nomeados pelo então presidente Adams não chegaram a comparecer ao Congresso por motivos de força maior⁶. Para G. A. Reza⁷, o convite aos Estados Unidos teve um alcance parcial, no sentido de incluir o país do norte apenas em conferências relativas ao direito das gentes e comércio, reservando aos países hispano-americanos as reuniões destinadas a estabelecer a Confederação e as forças defensivas comuns.

No que concerne à participação do então Brasil monárquico, em junho de 1825, o Ministro Plenipotenciário da Colômbia, Manuel José Hurtado, encaminha ao Governo Imperial do Brasil o convite:

"(...) Em consequência de autorização expressa de seu governo, tem a honra de chamar a atenção do Cavalheiro de Gameiro, Ministro de sua

4. C. Bueno, "Pan-Americanismo e Projetos de Integração: Temas Recorrentes na História das Relações Hemisféricas (1826-2003)", *Revista de Política Externa* v.13, nº1 (2004), pp. 65-80.

5. H. E. Davis, "Relations During the Time of Troubles, 1825-1860", *Latin American Diplomatic History - An Introduction* (1977), pp. 79-97.

6. C. Bueno, "Pan-Americanismo e Projetos de Integração: Temas Recorrentes na História das Relações Hemisféricas (1826-2003)", *Revista de Política Externa* v.13, nº1 (2004), pp. 65-80.

7. G. A. Reza, *Documentos sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá*, Caracas 2010.

Majestade o Imperador do Brasil, para um objetivo que ocupa atualmente a solicitude dos estados Americanos Confederados. (...) A todos os Povos Americanos importa formar relações mútuas de amizade e comércio, evitar dissensões que possam conduzir a rupturas, e ajustar os pontos controvertidos do direito de gentes; ajuste que tanto convém à humanidade. Além disso, os novos estados têm o interesse comum de consolidar suas instituições nascentes; objeto, para cuja consecução parece indispensável a boa harmonia entre todos e particularmente entre os estados vizinhos. Se o Governo de S. M. I. B., imbuído destas considerações, acreditasse conveniente associar-se com os de outros estados Americanos à Assembleia, enviando Plenipotenciários que tomassem parte nas deliberações de interesse geral, não incompatíveis com o caráter de neutralidade, o subscrito se acha autorizado para anunciar ao Cavalheiro de Gameiro que o Governo da Colômbia veria com a maior satisfação a consecução dos objetivos de S. M. I. e empregaria toda a sua influência junto a seus aliados para que os representantes de S. M. I. fossem acolhidos com a devida honra e distinção”⁸.

Apesar das manifestações favoráveis à participação do Brasil por Simón Bolívar, o convite não encontraria outro destino que a evidente negativa por parte do governo brasileiro. À época, o Brasil apresentava diferenças marcantes em relação a seus vizinhos americanos, a começar com a presença de uma monarquia em solo americano em contraposição às nascentes repúblicas. Seria natural que o Império Brasileiro resistisse às pretensões interamericanas. Diferentemente de seus vizinhos, o Brasil optou pela continuidade da monarquia, com uma espécie de não ruptura à ordem colonial então vigente. Um Estado monárquico cercado de Repúblicas corria o risco de ferir sua própria legitimidade⁹. Os próprios interesses territoriais estariam em jogo. Há tempos o Brasil desenvolvia sua própria versão de *uti possidetis*, justificando sua política expansionista e os consequentes e inevitáveis conflitos com países vizinhos. Em 1825, o Brasil já travava disputas territoriais com as Províncias Unidas do Rio da Prata na chamada Guerra da Cisplatina.

O Imperador Dom Pedro I, sob influência do apoio britânico ao Congresso, aceita o convite, comprometendo-se a enviar seus delegados ao Istmo do Panamá com duas condições: que o país mantenha sua neutralidade

8. J. C. B. Aleixo, “O Brasil e o Congresso Anfictiônico do Panamá”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol.43, no. 2 (2006), pp.170-191.

9. L. C. V. G. Santos, “O Brasil entre a América e a Europa”, *O Império e o Interamericanismo (do Congresso do Panamá à Conferência de Washington)*, (2004), pp. 92-105.

na guerra com a Espanha e que o apoio ao Istmo não interfira nas gestões que visavam ao reconhecimento internacional do Brasil. Em um primeiro momento, o Imperador designa dois observadores para representar o Brasil no Congresso. Posteriormente, retira seus representantes, aparentemente para evitar interferências no conflito com Buenos Aires¹⁰.

Apenas quatro dos oito países convidados enviaram seus delegados ao Panamá: Peru, Colômbia, México e América Central, além da Grã-Bretanha representada por um observador e dos Países Baixos por um agente confidencial.

II. CONSTRUÇÕES JURÍDICAS INAUGURADAS NO CONGRESSO DO PANAMÁ

Em 6 de julho de 1822, a República da Colômbia e o Peru firmaram um Tratado de União, Liga e Confederação. O Tratado bilateral lançou bases para o futuro Congresso do Panamá, a ser realizado no ano de 1826. O Peru, já com a independência declarada, mas ainda não consolidada, buscou na aliança com a Colômbia a reunião de esforços a fim de garantir sua soberania e evitar quaisquer formas de dominação estrangeira. No art. 2º do Tratado, a República da Colômbia e o Estado do Peru se comprometeram a construir um Pacto Perpétuo de Aliança para defesa comum, segurança de sua independência e liberdade, obrigando-se as Partes Contratantes a socorrer-se mutuamente e rechaçar em comum todo ataque ou invasão que de alguma maneira viesse a ameaçar a soberania dos países¹¹.

De forma inovadora, o art. 4º do *Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua entre a República da Colômbia e o Peru* previa que, para assegurar e perpetuar do melhor modo possível as boas relações entre ambos os Estados, os cidadãos do Peru e da Colômbia gozariam de direitos e prerrogativas que correspondessem aos cidadãos nascidos em ambos os territórios, isto é, que os colombianos seriam considerados no Peru como peruanos e estes na Colômbia por colombianos. Mas para entrarem no gozo dos demais direitos ativos e passivos de cidadãos, deveriam estabelecer domicílio no Estado a que queiram pertencer. Nessa mesma linha, o art. 5º estabelece que os cidadãos de ambos os Estados teriam livre entrada e saída de seus portos e territórios respectivos, gozando neles de todos os direitos civis, privilégios de trânsito e comércio; sujeitando-se unicamente a direitos, impostos e restrições do Estado em que estiver domiciliado. Em virtude disso, os produtos e

10. G. A. Reza, *Documentos sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá*, Caracas 2010.

11. *Ibid.*

mercadorias de cada uma das Partes Contratantes não pagariam mais direitos de importação e exportação (art. 6º). Caso alguma pessoa culpada ou acusada de traição ou outro grave delito fugisse da justiça e se encontrasse em território de algum dos Estados Partes, seria entregue à disposição do Governo que tiver conhecimento do delito e em cuja jurisdição deveria ser julgada, logo em seguida que a parte tenha feito uma reclamação formal.

Em documento apartado, as Partes Contratantes firmaram o Tratado com o propósito de formar a Assembleia de Plenipotenciários. No art. 2º as Partes se obrigam a encaminhar ofícios aos Governos dos demais países da América espanhola para entrar no *Pacto de União, Liga e Confederação Perpétua*. O convite teve por objetivo reunir uma Assembleia Geral de Estados Americanos composta de seus Plenipotenciários encarregados de cimentar de um modo mais sólido as relações que devem existir entre todos, e que o Conselho seja útil diante de grandes conflitos e fiel intérprete de tratados públicos, um juiz árbitro e conciliador em suas disputas e diferenças (art. 3º). Por outro lado, o art. 6º do referido Tratado deixa claro que o *Pacto de União, Liga e Confederação Perpétua* não comprometerá de maneira alguma o exercício da soberania nacional de cada um das Partes Contratantes¹².

Em outubro do mesmo ano, a República da Colômbia firmou um *Tratado de União, Liga e Confederação* com o Chile, tendo o Peru firmado Tratado semelhante em dezembro de 1822. Um ano depois, a República da Colômbia e a Nação Mexicana se unem no *Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua*, focando nos objetivos de assistência e defesa mútua.

Em março de 1825 foi a vez da República Federal da América Central firmar o *Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua* com a República Colombiana. Em seu art. 7º, a República da Colômbia e a República Federal da América Central se comprometem formalmente a respeitar seus limites como estão no presente, reservando-se a fazer amistosamente, por meio de uma convenção especial, a demarcação da linha divisória de um e outro Estado. Para facilitar o progresso da negociação referente aos limites, cada uma das Partes Contratantes terá liberdade de nomear comissários que recorram todos os pontos e lugares das fronteiras, traçando um mapa, sem que as autoridades locais causem-lhes moléstia, pelo contrário, que lhes prestem proteção e auxílio desde que previamente autorizados pelo governo respectivo (art. 8º)¹³.

12. Ibid., pp. 15-17.

13. Centroamérica en el Congreso de Bolívia: contribución documental, inédita, para la historia de la primera asamblea americana, Guatemala, Tipografía Nacional, 1938, pp. 25-26. apud Reza, G. A. *Documentos sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá*. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho y Banco Central de Venezuela, 2010.

Simón Bolívar, em 1824, formulou seu próprio convite aos governos da Colômbia, México, Rio da Prata, Chile e Guatemala. No convite, reiterava a necessidade de formulação de uma base fundamental que propiciasse a duração dos novos governos, "*una autoridad sublime, que dirija la política de nuestros gobiernos, cuyo influjo mantenga la uniformidad de sus principios. Tan respetable autoridad no puede existir sino en una asamblea de plenipotenciarios nombrados por cada una de nuestras repúblicas*"¹⁴. Na Carta, Bolívar finaliza o convite afirmando que no dia em que os plenipotenciários fizerem a troca de seus poderes, uma nova história diplomática será estabelecida na América:

"Cuando, después de cien siglos, la posteridad busque el origen de nuestro derecho público, y recuerden los pactos que consolidaron su destino, registrará con respeto los protocolos del Istmo: en él encontrará el plan de las primeras alianzas, que trazarán la marcha de nuestras relaciones con el universo. Qué será entonces el istmo de Corinto, comparado con el de Panamá?"¹⁵

Em uma de suas cartas e pensamentos referentes ao Congresso do Panamá, Bolívar delineou um código de direito público segundo regras de conduta universal, o qual continha os seguintes aspectos jurídicos e políticos¹⁶: o Novo Mundo composto por nações independentes, ligadas por uma lei comum que fixasse suas relações externas através de um congresso geral e permanente; a ordem interna se conservaria intacta entre os diferentes Estados e dentro de cada um deles; um equilíbrio perfeito se estabeleceria nesta nova ordem; a diferença de origem e cor perderia sua influência e poder; futuramente, uma confederação poderia então surgir no continente. Em seus escritos, Bolívar retrata constantemente a parceria com o império britânico, que indubitavelmente receberia inúmeras vantagens políticas e econômicas ao se associar ao projeto.

Entre os anos de 1825 e início de 1826, diversos documentos foram desenvolvidos com o propósito de instruir as delegações participantes do Congresso. As Primeiras e Segundas instruções do Conselho do Governo do Peru e seus Delegados visavam direcionar as condutas dos Ministros

14. S. Bolívar, *Cartas del Libertador*, 2ª edição, Caracas: Banco de Venezuela/Fundación Vicente Lecuna, 1964-1970, t. IV, documento nº 1.136 p. 211-214 apud Reza, G. A. *Documentos sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá*, Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho y Banco Central de Venezuela, 2010.

15. Ibid., p. 42.

16. V. Lecuna, *Documentos referentes a la creación de Bolivia con un resumen de las guerras de Bolívar*. Caracas: Banco de Venezuela/Fundación Vicente Lecuna, 1975, t. II, pp. 359-360.

Plenipotenciários para a Grande Assembleia do Istmo do Panamá. Nesse momento, o Conselho já mostrava preocupações constantes referentes à situação de Cuba e Porto Rico, ainda sob tutela jurisdicional da Espanha. Acreditava o Conselho que o *Pacto de União, Liga e Confederação* restaria ameaçado diante da permanência de colônias espanholas no continente. Nesse sentido, o Congresso deveria se manifestar a respeito, unir forças e celebrar um tratado no qual cada Estado deveria contribuir para a operação de libertação das ilhas. No mesmo contexto, o Conselho assinala a necessidade de acordos e providências mais eficazes no combate ao tráfico de escravos em toda a América. De forma contraditória, o mesmo Conselho recomenda um afastamento temporário do Haiti devido à possibilidade de influências negativas de emancipação, o que poderia afetar negativamente a estabilidade interna dos países.

Uma vez ratificados os Tratados pelos respectivos governos, prevaleceria na América um Código de Direito Público americano, obrigatório a todos os Estados Partes. A prevalência de um direito público comum, contudo, não resultaria de forma alguma na interferência nos assuntos domésticos dos Estados, nem mesmo na organização interior de seus governos porque o objeto precípuo da reunião é ocupar-se exclusivamente de interesses gerais dos confederados, sem envolvimento nos assuntos particulares que envolvam a soberania dos países¹⁷.

As Terceiras Instruções do Conselho do Governo do Peru e seus Delegados aprofundam as matérias concernentes ao Direito Internacional e às relações internacionais. Evidentemente o primeiro assunto a ocupar a agenda da Assembleia diz respeito à justiça de emancipação. Trata-se do reconhecimento expresso do *Princípio da Não-Intervenção*, posteriormente consagrado na Convenção de Montevideu de 1933 sobre direitos e deveres dos Estados¹⁸ e hodiernamente expressamente reconhecido na Carta da Organização dos Estados Americanos, em seu artigo 19: "Nenhum Estado ou grupo de Estados tem o direito de intervir, direta ou indiretamente, seja qual for o motivo, nos assuntos internos ou externos de qualquer outro. Este princípio exclui não somente a força armada, mas também qualquer outra forma

17. O. B. Raygada, *El Congreso de Panamá de 1826*. Documentación inédita. Lima: Archivo Diplomático Peruano, 1942.

18. Decreto nº1570 de 1937 Promulga as Convenções sobre Direitos e Deveres dos Estados e sobre Asilo Político assinadas em Montevideu a 26 de dezembro de 1933, por ocasião da Sétima Conferência Internacional Americana. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D1570.htm.

de interferência ou de tendência atentatória à personalidade do Estado e dos elementos políticos, econômicos e culturais que o constituem"¹⁹.

O documento referente às Terceiras Instruções do Conselho do Governo do Peru e seus Delegados direciona os representantes dos Estados a firmarem um pacto mútuo de reconhecimento e garantia da integridade dos territórios respectivos e a necessidade de uma aliança íntima e defensiva contra qualquer potência estrangeira que ameaçasse a integridade territorial dos países, situação evidentemente atentatória ao direito universal das gentes. Para tanto, é apresentado um projeto consistente em estabelecer no Atlântico e no Pacífico uma esquadra para defesa territorial dos Estados membros por meio de um empréstimo levantado em nome da Confederação a fim de custear os gastos de construção e manutenção por três anos da Marinha Federal²⁰.

Outra medida apontada no documento como essencial ao aprofundamento das relações entre os Estados americanos diz respeito à formação de um Tratado Geral de Comércio por meio do qual se negocia interesses comuns entre todos os confederados. Em matéria de Direito Internacional, o documento resgata o histórico antecedente de princípios internacionais pautados na razão e na civilização de nações modernas, ainda que muitas vezes violados por potências preponderantes. O Tratado de Vestfália de 1648, o de Utrecht de 1712, a Convenção de 1800 entre França e Estados Unidos e a Quádrupla Aliança do mesmo ano entre Rússia, Suécia, Dinamarca e Prússia e outros atos públicos que consagraram determinadas instruções relativas aos direitos de neutralidade em tempos de guerra foram sucintamente citados no documento como pontos de referência.

Mas é no âmbito de matérias diplomáticas que a Comissão lança algumas bases iniciais, afirmando a prerrogativa dos Governos em receberem ou não representações diplomáticas em seus territórios. Na disposição número 6, é confirmado o direito de particulares na solução de litígios civis em estabelecimentos consulares. Outra preocupação retomada do documento diz respeito à abolição total do tráfico de escravos e à presença do Império do Brasil na Assembleia. Em relação ao Brasil, a Comissão argumenta que "quanto mais poderoso se mostra aquele Império, maior a necessidade de estabelecer relações harmônicas e de boa vizinhança". Ao final, a Comissão tece críticas aos Tratados anteriores entre Colômbia e Peru, os quais apresentam princípios controvertidos de direito das gentes, demasiado vagos, sendo oportuna a dis-

19. Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm.

20. O. B. Raygada, *El Congreso de Panamá de 1826*. Documentación inédita. Lima: Archivo Diplomático Peruano, 1942.

cussão a respeito da liberdade do mar, a distância que alcança a jurisdição do território e direitos de pesca ²¹.

O governo do México, em março de 1826, lançou as bases para as instruções a seus delegados para a Assembleia do Panamá. Entre as recomendações, o documento assinala: assegurar a integridade interna de cada Estado; não admitir colonização por nação estrangeira; fixar princípios gerais de direito público americano; formar um projeto geral para defesa comum e particular de cada Estado que for ameaçado por potência estrangeira; os tratados celebrados com nações estrangeiras não podem prejudicar a celebração de convênios entre as novas Repúblicas; designação de um território para o Congresso, dentro do qual não poderá residir autoridade alguma, salvo solicitação do Congresso. As Instruções do Congresso Federal da República Federal da América Central aos seus delegados, por sua vez, autorizaram os Ministros a declararem boas relações com o Império do Brasil; a celebrarem tratado de comércio mais útil a sua riqueza e prosperidade; interpretar tratados públicos e contribuir para a fixação dos princípios relativos ao direito das gentes ²².

Em 15 de julho de 1826 foi firmado o *Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua* das Repúblicas da Colômbia, América Central, Peru e Estados Unidos Mexicanos por meio de seus respectivos representantes, consubstanciado em trinta e um artigos, dos quais podemos destacar ²³:

Art. 1º. As Repúblicas da Colômbia, América Central, Peru e Estados Unidos Mexicanos se ligam mutuamente na paz e na guerra e contraem um pacto perpétuo de amizade sólida e confiável e de união íntima e estreita com todas e cada uma das Partes.

Art. 2º. O objetivo do pacto perpétuo será assegurar em comum, defensiva e ofensivamente, se necessário, a soberania e independência de todas e cada uma das potências confederadas da América contra toda dominação estrangeira.

Art. 3º. As Partes Contratantes se obrigam e se comprometem a defender-se mutuamente de todo ataque que ponha em perigo sua existência política.

21. Ibid., p. 124.

22. A. P. Reyes, El Congreso de Panamá y algunos proyectos de unión hispano-americana. México: Archivo Histórico Diplomático Mexicano, 1926 apud Reza, G. A. Documentos sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho y Banco Central de Venezuela, 2010.

23. R. P. Barrenechea, El Congreso de Panamá de 1826. Lima: Archivo Diplomático Peruano, 1930.

Art. 11. Desejando as Partes Contratantes construir cada vez mais fortes e indissolúveis vínculos e relações fraternais por meio de conferências frequentes e amistosas, formarão a cada dois anos, em tempos de paz, uma assembleia geral composta de dois Ministros Plenipotenciários por cada Parte, os quais serão devidamente autorizados com plenos poderes necessários.

Os artigos supramencionados reiteram os Tratados bilaterais anteriores voltados à assistência mútua dos Estados Partes no sentido de assegurem a soberania e a independência dos confederados. Tanto os Tratados bilaterais antecedentes como o próprio documento plasmado no Congresso do Panamá apresentam características semelhantes àquelas apontadas anteriormente no capítulo dedicado às influências de Rousseau em Simón Bolívar. Trata-se do governo confederativo proposto por Rousseau, de Estados confederados unidos sob a autoridade da lei. Os próprios princípios instituídos por Rousseau vão de encontro aos objetivos do Congresso do Panamá, a começar pela formação de uma aliança perpétua e irrevogável, tendo como ponto de encontro um local definido para congressos permanentes; a determinação do número de soberanos cujos plenipotenciários poderiam votar na assembleia, assim como os que seriam convidados a subscrever o Tratado, bem como a ordem, data e procedimento para constituir a presidência, em intervalos iguais; os plenipotenciários da confederação receberiam poderes para adotar as medidas que os seus tribunais julgassem convenientes para proporcionar o tratamento mais vantajoso que fosse possível à comunidade. A principal preocupação de Rousseau, no sentido de assegurar o próprio direito de soberania por meio de um pacto confederativo encontra-se entre os objetivos precípuos do Congresso do Panamá.

Em matéria de Direito Internacional Público, o art. 13 do *Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua* das Repúblicas da Colômbia, América Central, Peru e Estados Unidos Mexicanos inova ao instituir a Solução Pacífica de Controvérsias, consoante dispõe seus parágrafos 2º "Contribuir para manutenção da paz e amizade entre as potências confederadas, utilizando de um conselho nos grandes conflitos, de fiel intérprete dos tratados e convenções públicas e de conciliador em disputas e diferença" e 3º "procurar a conciliação e mediação entre uma ou mais potências aliadas, ou entre estas com uma ou mais potências estranhas a Confederação". Complementa ainda o art. 16 que "as Partes Contratantes se obrigam a transigir amigavelmente, buscando sempre a conciliação, a juízo da Assembleia, cuja decisão não será

obrigatória se as referidas potências não se convencerem explicitamente ²⁴.

Sejam quais forem as causas de injúrias, danos graves ou outros motivos que alguma das Partes Contratantes possa produzir uma contra a outra, nenhuma delas poderá declarar guerra, nem ordenar atos de represália contra a República que acredita ser a ofensora, sem levar antes a causa, apoiada em documentos e comprovantes necessários, a decisão conciliatória da Assembleia Geral (art. 17). Caso uma potência confederada julgue conveniente declarar guerra ou romper as hostilidades contra uma potência estrangeira, deverá solicitar os bons ofícios, interposição e mediação de seus aliados, estando estes obrigados a manifestar-se de modo mais eficaz possível. Se esta interposição não bastar para evitar um rompimento, a Confederação deverá declarar se abraça ou não a causa do confederado e ainda que não a abraça, não poderá, sob nenhum pretexto ou razão, associar-se com o inimigo do confederado (art. 18). Qualquer das Partes Contratantes que, em contraposição ao que foi estipulado nos três últimos artigos, vier a romper as hostilidades com outra ou no descumprimento com as decisões da Assembleia, uma vez submetida previamente a ela, será excluída da Confederação e não voltará a pertencer à liga sem o voto unânime das partes favoráveis a sua readmissão (art. 19) ²⁵.

Em matéria de Direito Internacional, vale mencionar a contemplação do Princípio *Uti Possidetis Juris* implicitamente contido nos artigos 21 e 22 do Tratado. De acordo com esse princípio, os países que formam parte do Continente possuem domínio e são considerados como possuidores dos territórios que pertenciam *de jure* no momento da declaração da independência, respectivamente, as colônias de Espanha e Portugal e de acordo com limites administrativos que estas haviam dado a suas províncias ou divisões administrativas. Tal princípio foi aplicado posteriormente para delimitar as fronteiras terrestres na Organização da Unidade Africana e é tese atualmente reconhecida pela Corte Internacional de Justiça ²⁶. Para muitos doutrinadores, como Alvarez ²⁷, trata-se de um princípio tipicamente americano:

“Vulgi-possidetis de 1810, c'est-à-dire les divisions administratives de la Métropole qui existaient à la date où éclata le mouvement général d'éman-

24. Ibid., p. 213.

25. Ibid., p. 215.

26. M. G. M. Cabra, *Influencia de Bolívar en el Derecho Internacional. Conmemoración del Bicentenario de la Independencia*. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Disponível em: http://www.acj.org.co/actividadacademica/conmemoracion_bicentenario.htm.

27. A. Alvarez, *Le Droit International Américain. Son Fondament, sa Nature*. Paris: A. Pedone, Éditeur, 1910.

cipation, et qui étaient reconnues en fait par tous les Etats. Cette règle est donc devenue un principe américain”.

O artigo 23 do Tratado traz uma novidade em matéria de supranacionalidade. Consoante estabelecido, os cidadãos de cada uma das Partes Contratantes gozarão de direitos e prerrogativas de cidadãos da República em que residam, desde que, manifestando seu desejo de adquirir esta qualidade ante as autoridades competentes, conforme a lei de cada uma das potências aliadas, e como cidadãos possam obter empregos como de direito dos demais cidadãos, com exceção daqueles reservados em lei específica aos naturais. O art. 24 acrescenta ainda que se um cidadão de uma República aliada optar por permanecer em território de outra, conservando sempre o caráter de cidadão de seu país de nascimento ou adoção, gozará igualmente em qualquer território das Partes Contratantes em que residam, todos os direitos e prerrogativas de naturais do país no que se refere à administração da justiça, a proteção correspondente a sua pessoa, bens e propriedades e, por conseguinte, não lhe será proibido, sob nenhum pretexto, o exercício de sua profissão ou ocupação, nem mesmo a disposição entre vivos ou por última vontade de seus bens, móveis ou imóveis, aplicando-se em todos os casos as leis que estiverem submetidos todos os naturais do país respectivo.

Já no que diz respeito ao ingresso de novos membros, o art. 26 estipula que as potências da América cujos Plenipotenciários não tenham comparecido à celebração do presente tratado, poderão incorporar-se a atual Confederação dentro de um ano depois de ratificado o presente Tratado, sem exigência de modificações, salvo se tal solicitação sujeitar-se ao voto e resolução da Assembleia, a qual acolherá eventuais mudanças desde que não modifiquem substancialmente as bases e objetivos deste Tratado. Por fim, o Tratado retoma as questões referentes à abolição do tráfico de escravos, obrigando as Partes Contratantes a cooperarem para completa abolição do tráfico de escravos da África ²⁸ (Art. 27).

O intitulado Artigo Adicional, por fim, emitiu a ideia de codificação do Direito Internacional. Neste artigo, os confederados, desejando viver em paz com todas as nações, procederão à ratificação do tratado, fixando acordos

28. R. P. Barrenechea, *El Congreso de Panamá de 1826*. Lima: Archivo Diplomático Peruano, 1930; D. F. O'leary, *Memorias del General O'leary*. Caracas: Ministerio de la Defensa de Venezuela, 1981 apud Reza, G. A. *Documentos sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá*. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho y Banco Central de Venezuela, 2010.

comuns, regras e princípios que devem permanecer em caso de paz e de guerra²⁹.

Em suma, o projeto idealizador de Bolívar de união das nações hispano-americanas e de criação de uma Liga de caráter supranacional traçou as seguintes características básicas i) a América estaria integrada com as Repúblicas que constituíam as antigas colônias espanholas; ii) por meio de uma união perpétua; iii) com órgãos institucionais permanentes de caráter supranacional; iv) teria uma sede territorial; v) previsão de criação de uma cidadania hispano-americana; vi) relações comerciais preferenciais entre seus membros; vii) reconhecimento da doutrina do *uti possidetis iuris* e viii) homogeneidade cultural, política e de organização social, com instituições democráticas, republicanas e abolição da escravidão³⁰.

IV. FRACASSOS E LEGADOS DO CONGRESSO DO PANAMÁ

No total, apenas cinco Estados aceitaram participar do Congresso: Peru, Colômbia, México, República da América Central e Estados Unidos, não comparecendo os representantes enviados deste último. O Império do Brasil, embora tenha mostrado inicial interesse, optou por não enviar representantes, ao passo que Chile e Buenos Aires *ab initio* se recusaram a participar do Istmo.

As Conferências foram celebradas em uma sala do Convento de São Francisco entre os dias 22 de junho a 15 de julho de 1826, com uma pausa de dez dias dedicados a elaborar bases dos tratados. As sessões foram presididas de maneira rotativa pelos representantes da Colômbia, América Central, Peru e México³¹.

“Os seus trabalhos encerraram-se em 15 de julho de 1826 com a assinatura de um vago “Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua” pelos quatro Estados representados (México, América Central, Colômbia e Peru), que não chegou a ser ratificado por todos os signatários. Mesmo assim, o encontro foi utilizado, posteriormente, como precedente histórico para a convocação de congressos do mesmo gênero, dando assim certa

29. A. Alvarez, *Le Droit International Américain. Son Fondament, sa Nature*. Paris: A. Pedone, Éditeur, 1910.

30. C. G. Espada, *Existe el Derecho Internacional Latino-Americano?* Zaragoza, 2007.

31. G. A. Reza, *Más Allá de la Negligencia Racional la Asamblea de Tacubaya, 1826-1828*. Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México/ISS 0185-2620, n. 30, Cidade do México, julio-diciembre 2005.

continuidade ao espírito de colaboração pan-americana. Foi em nome desse espírito pan-americano, alentado ao longo do século XIX por meio de congressos sem periodicidade, que o governo dos Estados Unidos convidou, quase no apagar daquele século, os governos latino-americanos para participar de uma conferência internacional americana em Washington, inaugurando uma nova etapa nas relações interamericanas. O capitalismo norte-americano procurava expandir-se para além das fronteiras de seu território e penetrar na América Latina. Foi neste momento que os Estados Unidos adotaram a retórica pan-americanista³².

Muito se discute na literatura acadêmica os motivos pelos quais os objetivos do Congresso vieram a desmoronar. Por que razão as tentativas voltadas para superar a fragmentação herdada do período colonial não tiveram êxito? Para Donghi³³, Bolívar não percebera a realidade social pós-revolucionária. As elites urbanas, que deveriam ter uma participação maior nas assembleias estavam enfraquecidas pela crise revolucionária, ao passo que as elites rurais tendiam a buscar apoio nas forças militares locais. Bolívar certamente não ignorava que a ordem pós-revolucionária estava substancialmente confiada aos militares, mas para ele esse aspecto representava uma fase provisória. O próprio Bolívar aparecia como um representante daquela ordem militar, ao mesmo tempo em que defendia um republicanismo considerado utópico.

Como aduz F. C. Cancino *apud* Reza³⁴, vários fatores objetivos e subjetivos podem estar associados ao fracasso do Congresso, entre os quais, os desdobramentos das forças centrífugas dos países hispano-americanos, junto com a anarquia produto de partidos que demandavam um lugar até então negado por grandes caudilhos independentes. Outros fatores invocados pelos autores, como demonstra Reza, vão da inércia da fragmentação estrutural hispano-americana à influência de potências estrangeiras; de rivalidade e desconfiança entre as novas repúblicas; a hipótese estruturalista segundo a qual o fracasso se deve à dispersão territorial, a variedade de províncias, e, ainda, a hipótese que leva em conta a sabotagem do governo norte-americano e outras relativas à hostilidade do Estado mexicano.

Para o campo da ciência do direito, as condicionantes políticas que levaram ao fracasso do Congresso do Panamá possuem pouca relevância. Em

32. C. Bueno, “Pan-Americanismo e Projetos de Integração: Temas Recorrentes na História das Relações Hemisféricas (1826-2003)”, *Revista de Política Externa* v.13, nº1 (2004), pp. 65-80..

33. H. Donghi, *História da América Latina*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

34. G. A. Reza, *Documentos sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá*, Caracas 2010.

matéria de Direito Internacional Público, o Congresso do Panamá lançou bases para a construção e fortalecimento do Direito Internacional Regional e consagrou princípios relevantes hodiernamente considerados como pilares da Ordem Jurídica Internacional.

“O Congresso do Panamá consagrou princípios que seriam aceitos muito mais tarde, no século XX, pelo sistema interamericano e mundial. O conhecido internacionalista colombiano Jesus María Yepes demonstra como o Presidente Woodrow Wilson se inspirou no Tratado de 1826, para seu projeto da Sociedade das Nações, inclusive com a cópia de alguns de seus artigos. O mesmo autor sintetiza assim as idéias do Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua do Panamá (...). Os artigos II e XXI do Tratado do Panamá são antecedentes lógicos do artigo X da Liga das Nações, que trata da garantia da independência política e integridade territorial dos estados. A respeito, o renomado internacionalista francês Albert de la Pradelle dizia que o artigo X do Pacto da Sociedade das Nações não é mais do que a aplicação ao mundo inteiro das doutrinas de Simón Bolívar”³⁵.

O *Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua* do Panamá consagrou princípios tais como respeito à soberania exterior dos Estados, a confederação para defesa da integridade territorial e a aceitação de princípios de Direito Internacional. Da mesma forma, o Congresso inaugura temas referentes à cidadania hispano-americana, codificação do Direito Internacional, comércio preferencial entre os países membros da Liga e consagra expressamente o princípio da solidariedade entre as nações³⁶.

Como salienta Menezes³⁷, o Congresso do Panamá realizado em 1826 foi o marco inicial para a criação de uma unidade jurídica continental orientada por princípios e criador de um sistema de Direito Internacional baseado em relações regionais. Apesar da não concretização dos projetos iniciais idealizados por Bolívar, outros Tratados foram compactuados posteriormente, delineando um caminho de continuidade das assembleias precedentes. Em outras palavras, o Congresso do Panamá não constitui um fracasso na história do

35. J. C. B. Aleixo, “O Brasil e o Congresso Anfictiónico do Panamá”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol.43, no. 2 (2006), pp.170-191.

36. M. G. M. Cabra, *Influencia de Bolívar en el Derecho Internacional. Conmemoración del Bicentenario de la Independencia. Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (2011), Disponível em: http://www.acj.org.co/actividadacademica/conmemoracion_bicentenario.htm.

37. W. Menezes, *Direito Internacional na América Latina*, Curitiba 2007.

regionalismo latino-americano, pelo contrário, estabelece os primeiros passos de um novo sistema que, embora lento e gradual, servirá de base para os regionalismos do século XX.

Em 1848, o *Tratado de Confederação* entre as Repúblicas de Bolívia, Chile, Equador, Nova Granada e Peru, reunidos no Congresso Americano de Lima, reflete mais uma tentativa de união das Repúblicas hispano-americanas. Desta vez, o Tratado reconhece que as Repúblicas encontram-se reunidas por vínculos de origem, idioma, religião e costumes, bem como pela posição geográfica, a analogia de suas instituições e, sobretudo, por necessidades comuns e interesses recíprocos, os quais podem ser considerados partes de uma mesma nação. Posteriormente, novos Tratados seguem os mesmos princípios-base construídos no Congresso do Panamá nos Tratados bilaterais anteriormente firmados:

“La influencia del pensamiento hispanoamericano de Bolívar se demostró con la celebración de los Congresos hispanoamericanos de Lima (1847-1848), el Tratado Continental y de Washington de 1856, Segundo Congreso de Lima (1864-1865), Congreso de Lima de 1877, y Primer Congreso de Montevideo de Derecho Internacional Privado (1888-1889). En estos Congresos se adoptaron estos principios: Confederación mediante alianza política y militar para defenderse de una dominación extranjera, así como para la solución pacífica de las controversias internacionales; Seguridad colectiva frente a una agresión extranjera; Mecanismos para lograr la solución pacífica de las controversias”³⁸.

O Tratado Continental adquiriu uma característica peculiar em 1856. Desta vez, os países latino-americanos se reuniam diante de uma nova ameaça na região: as pretensões hegemônicas lançadas no continente pelos Estados Unidos. A guerra travada entre Estados Unidos e México em 1848 e as expedições organizadas pelos Estados Unidos na América Central levantaram suspeitas de diversos países na América Latina, o que levou à reunião de países como Chile, Peru e Equador a assinarem, em Santiago do Chile, o Tratado de União dos Estados Americanos, denominado *Tratado Continental*, em 1856. No mesmo ano, México, Guatemala, El Salvador, Nova Granada, Venezuela e Peru assinaram um pacto análogo. O *Tratado Continental* apre-

38. M. G. M. Cabra, *Influencia de Bolívar en el Derecho Internacional. Conmemoración del Bicentenario de la Independencia. Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (2011), Disponível em: http://www.acj.org.co/actividadacademica/conmemoracion_bicentenario.htm.

senta princípios semelhantes aos inaugurados no Congresso do Panamá, mas apresenta avanços em matéria de direitos civis, como direito de extradição ³⁹.

Posteriormente, novos acontecimentos levariam à convocação de uma nova reunião, o Segundo Congresso de Lima de 1864-1865:

“La réincorporation de St-Domingue à la monarchie espagnole en 1861, l'intervention française au Mexique en 1862, y substituant la monarchie à la République, le projet de récupération d'une partie des États de l'Amérique attribuée à l'Espagne, l'occupation par cette dernière en 1864 des îles Chinchas appartenant au Pérou, la politique d'expansion impérialiste et d'hégémonie des Etats-Unis, tous ces événements, dans lesquels les nouvelles Républiques voyaient une menace à leur indépendance, émurent l'opinion publique des pays hispano-américains et firent naître en eux l'idée de confédération” ⁴⁰.

Neste diapasão, foram firmados os *Tratados de União e Aliança Defensiva, Conservação da Paz e Comércio e Navegação* entre as Repúblicas da Bolívia, Colômbia, Chile, Equador, El Salvador, Peru e Venezuela na cidade de Lima, em 1865. De acordo com o Tratado, os Estados da América deveriam se unir a fim de prover a sua segurança exterior, estreitar relações, financiar a paz entre eles e promover interesses comuns. Mais uma vez, as Partes Contratantes se obrigam a garantir mutuamente a independência, soberania e integridade de seus territórios, obrigando-se a uma defesa mútua contra qualquer agressão. No *Tratado sobre a Conservação da Paz*, as Partes Contratantes se comprometem a jamais utilizar o emprego de armas para dirimir suas diferenças e que estejam comprometidos na *casus foederis*, buscando sempre e exclusivamente os meios pacíficos, submetendo-se a um árbitro quando não puderem transigir de outro modo. Apesar de sua importância, estes tratados não foram ratificados pelos respectivos Congressos Nacionais ⁴¹.

À luz dos Tratados supramencionados chegamos à conclusão de que os tratados bilaterais que antecedem ao Congresso do Panamá e mesmo os tratados posteriores, possuíam objetivos grandiosos, senão idealistas. Embora não tenham sido ratificados, exerceram grande influência na política externa dos países latino-americanos.

39. A. Alvarez, *Le Droit International Américain. Son Fondament, sa Nature*, Paris 1910.

40. Ibid.

41. G. A. Reza, *Documentos sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá*, Caracas 2010.

No capítulo dedicado às relações internacionais no continente europeu, especificamente as construções jurídicas instaladas no âmbito do Congresso de Viena, de 1815, percebemos que em matéria de Direito Internacional, a velha estrutura internacional pautada no *equilíbrio de poder* se manteve, sem a verificação de mudanças substanciais, estas ocorridas apenas no século subsequente. O objetivo precípua do Congresso de Viena consistia no apoio à França pós-napoleônica ou qualquer outro membro invadido pelas forças napoleônicas no sentido de assegurar a paz e aniquilar definitivamente quaisquer ameaças de *super-pouvoir* na região. Uma vez contidas as ameaças hegemônicas, as preocupações voltaram-se aos temas ligados à liberdade de navegação, o reconhecimento jurídico de determinadas soberanias e neutralidades, como a Suíça e a organização do corpo diplomáticos dos Estados.

Os princípios referentes à soberania e não-intervenção já faziam parte do vocabulário político europeu desde os acordos de Utrecht, em 1714, mas evidentemente possuíam pouca aplicação prática dentro do continente, e nenhuma aplicação fora dele. Na América, os líderes continentais, consoante expõe Cervo ⁴², ilustrados pelo iluminismo inglês nos Estados Unidos e francês na América Latina, ficaram mal impressionados com o princípio de intervenção que compôs as regras de conduta de hegemonia coletiva fixadas em Viena. A intervenção e sua legitimidade seriam proscritas do ideário político americano, como modo de protesto e de reação a esse princípio independentista que prevalecera na própria Europa, aquela de Vestfália e de Utrecht.

No continente americano, os princípios relativos à soberania e a não-intervenção foram aperfeiçoados e constantemente reafirmados na construção jurídica das jovens nações da América. No caso dos países hispano-americanos, a busca pela soberania adquiriu uma característica peculiar, ocorrendo seu fortalecimento à luz do princípio da solidariedade e da assistência mútua entre os Estados, dois outros princípios que norteiam igualmente o Direito Internacional.

A declaração do presidente norte-americano perante o Congresso estadunidense em 1823 foi dirigida contra as possíveis intenções colonizadoras de uma Europa monárquica e conservadora, manifestada na Santa Aliança e consubstanciada no princípio da não-intervenção. A Doutrina Monroe

42. A. L. Cervo, “Hegemonia Coletiva e Equilíbrio: a Construção do Mundo Bilateral (1815-1871)”, *Relações Internacionais Dois Séculos de História. Entre a Preponderância Europeia e a Emergência Americano-Soviética*, vol. I, (2001), pp. 58-79. Para Cervo, à luz dos princípios de soberania e não-intervenção, surgiram duas versões moldadas em torno de um pan-americanismo: a norte-americana consubstanciada na Doutrina Monroe e a versão bolivariana concluída no Congresso do Panamá. Ambos possuem como ponto comum a reação à presença europeia no continente americano.

representou seguramente uma manifestação unilateral do governo estadunidense que invocava um poder de polícia sobre o continente. O pan-americanismo bolivariano, por sua vez, foi constituído à luz de uma relação de solidariedade entre os Estados latino-americanos, com fundamentos em laços de fraternidade continental e com respaldo no Direito Internacional ⁴³.

A história nos mostra que o pan-americanismo de cunho unilateral acabou prevalecendo na América na despedida do século XIX. Em 1889, foi realizada, em Washington, a Primeira Conferência Internacional dos Estados Americanos. Desde então, as Conferências realizadas no continente passaram a traduzir os interesses da potência hegemônica em diversas esferas. Como aduz Dulci ⁴⁴, as Conferências Pan-Americanas podem ser entendidas como expressão da hegemonia dos Estados Unidos sobre o restante da América, principalmente na deliberação das pautas das Conferências, privilegiando seus interesses, a sua política intervencionista e o fortalecimento da sua posição de liderança na região.

V. UM DIREITO INTERNACIONAL LATINO-AMERICANO?

À luz do exposto até o momento no desenvolvimento de nossa pesquisa, chegamos inevitavelmente ao seguinte questionamento: existe ou não um Direito Internacional Latino-americano? Suas origens encontrariam guarida no Congresso do Panamá, de 1826? Tal contribuição específica teria se prolongado ao longo do século XX?

A existência ou não de um Direito Internacional tipicamente americano gerou debates e discussões doutrinárias já no início do século XX. Teses afirmativas e negativas trouxeram à baila as amplitudes do tema, que contou com as obras do chileno A. Alvarez, *Le droit international américain: son fondement, sa nature*, do brasileiro M.A.S. Vianna, *De la non-existence d'un droit international américain* e do argentino internacionalista J.C. Puig, *Les principes du droit international public américain* ⁴⁵.

A discussão acerca da existência de um "Direito Internacional Americano" teve início com a crítica do argentino Juan Batista Alberdi em 1844 em relação ao compatriota Carlos Calvo na medida em que este último,

43. W. Menezes, *Direito Internacional na América Latina*, Curitiba 2007.

44. T. M. S. Dulci, *As Conferências Pan-Americanas: identidades, união aduaneira e arbitragem (1889 a 1928)*, São Paulo 2008. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP).

45. H. Accioly, G. E. Nascimento e Silva, P. B. Casella, *Manual de direito internacional público*, São Paulo 2009.

apesar de grande doutrinador na área de Direito Internacional, teria sofrido excesso de europeísmo sem tomar conta a existência de um Direito Internacional Americano. Posteriormente, outro argentino, Daniel Antokoletz, advoga pela existência de um Direito Internacional na América com os mesmos princípios universais, mas não pela existência de um Direito Internacional Americano. Na mesma linha de pensamento, o brasileiro Souza Sá Vianna, com sua obra *De la non-existence d'un droit international américain*, observa que a expressão "conjunto de problemas americanos" não é vaga, porque a ciência do Direito Internacional é um conjunto de princípios e não de problemas, ou seja, volta ao fundamento do universalismo do Direito Internacional geral. A obra de Sá Vianna, de 1912, manifestou-se de maneira contrária ao particularismo e em favor de um cosmopolitismo e ainda teceu severas críticas à obra de Álvarez, tentando demonstrar que determinados institutos, como a arbitragem, já existiam na Europa. Fauchille observa que Sá Vianna não compreendia a tese de Álvarez, ao pensar que este pretendia criar um Direito Internacional Americano diferente do Direito Internacional Geral ⁴⁶.

A. Alvarez traça um rico estudo a respeito da construção do Direito Internacional americano, em sua obra intitulada *Le Droit International Américain*. Na parte introdutória de sua obra, Alvarez reconhece o caráter *sui generis* do Direito Internacional na América, em especial na América Latina ⁴⁷.

Ao analisar a história diplomática das repúblicas latino-americanas, o autor considera três períodos essenciais: o primeiro período que marca a emancipação e a construção dos fortes laços de solidariedade; o segundo período, de 1830 a 1889, no qual ainda subsistem sentimentos de solidariedade e o terceiro período, iniciado em 1889, a partir do qual sentimentos nacionalistas são formados e interesses externos passam a ser delineados tendo em vista as relações com os Estados Unidos, Europa e entre eles mesmos. O Congresso do Panamá, como observa, possui uma relevância histórica em termos de Direito Internacional. Enquanto o Congresso de Viena marcava uma reunião em tempos de guerra, o Congresso do Panamá ocorria em uma cenário de paz, para celebrar as bases de uma sociedade internacional latino-americana. Para Alvarez, os princípios inaugurados no Congresso latino-americano não eram apenas diferentes, mas evidentemente mais avançados do que aqueles existentes na Europa. As Convenções, embora não tenham sido rati-

46. C. A. Mello, *Curso de direito internacional público*, 14 ed., Rio de Janeiro 2004.

47. A. Alvarez, *Le Droit International Américain. Son Fondement, sa Nature*, Paris 1910.

ficadas, podem ser consideradas como leis internacionais em formação. Ademais, representaram uma forte contribuição à formação de uma consciência americana, característica política contemporânea dos Estados do Novo Mundo. Como legado, deixaram aspirações de manutenção da paz manifestado em mecanismos de arbitragem na resolução de conflitos.

Como salienta Vargas ⁴⁸, a obra *Le Droit International Américain*, de Alvarez, sustenta que as condições próprias que tem o continente o autorizam a ter seu próprio Direito Internacional: a proclamação de princípios que até então só havia se manifestado em escritos de filosofia, como a igualdade entre Estados Americanos e reuniões em assembleias para tratar problemas de interesse comum; a regulamentação de matérias de interesse universal para as quais ainda inexistiam regulamentos gerais, como arbitragem, asilo e refúgio político; o fato de manifestações tipicamente europeias não terem aplicabilidade em continente americano, como os conceitos de *equilíbrio* e concerto europeu; a prática de temas distintos da Europa, como *uti possidetis*, procedimento de extradição e limites da imunidade diplomática. Em suma, para Alvarez, a América representava uma renovação, um continente novo que deveria estabelecer um sistema pautado na solidariedade e na orientação de relações de paz e justiça.

A. V. Vizcarra, jurista e membro do Comitê Jurídico Interamericano da OEA, em sua análise "La Contribución de América al Derecho Internacional", compartilha a ideia de contribuições tipicamente latino-americanas na construção do Direito Internacional universal ⁴⁹. O Congresso do Panamá, no âmbito dessa contribuição, teria sido o precedente inegável da solidariedade americana e expôs ao mundo os princípios que integram as doutrinas do Direito Internacional Americano. Para a jurista, esses princípios foram adotados posteriormente por Estados Americanos em Congressos e Conferências Internacionais e são produtos da evolução histórico-política do continente, sendo os mais importantes os seguintes: i) o princípio de solidariedade americana, surgido no Congresso do Panamá de 1826, do qual também derivaram outros princípios como o de celebrar Tratados de União e Confederação, a proibição de declarar guerra antes do respaldo da Assembleia Geral, a nacionalidade continental e a solução pacífica de conflitos entre Estados Americanos; ii) o princípio *uti possidetis juris* como regra

de delimitação das fronteiras; iii) o princípio relativo ao asilo diplomático ⁵⁰ e territorial regulados no Tratado de Direito Penal Internacional de Montevideu de 1889, nas Convenções Interamericanas de Havana de 1928 e na Convenção de Caracas de 1954, ambos reconhecidos na Declaração Americana de Direitos Humanos de 1948 e na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969; iv) o princípio da não-intervenção, posteriormente amplamente consagrado na Sétima Conferência Interamericana de Montevideu de 1933; v) o princípio relacionado à Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais, através da mediação, conciliação e arbitragem; vi) princípio de segurança coletiva, segundo o qual a agressão contra um Estado Americano se considera agressão aos demais Estados; vii) princípio relativo à codificação do direito internacional e o viii) princípio da Igualdade Jurídica entre os Estados, pelo qual todos os Estados Americanos estão em igualdade de condição no gozo de seus direitos e deveres.

Hodiernamente, o regionalismo americano é constituído por um Sistema Interamericano, sendo este um conjunto de normas, costumes e princípios que constituem o Direito Internacional Americano, iniciado no Congresso do Panamá de 1826 até a atualidade.

"El Continente Americano desde sus inicios y específicamente desde el Congreso de Panamá de 1826, ha demostrado y justificado la necesidad de contar con un Sistema Regional propio para el hemisferio, fundamentado en la solidaridad continental y en la formación de una conciencia jurídica particular debido a que se cuenta con problemas de carácter netamente americano los cuales tienen que reglarse y solucionarse con normas propias, esto explica la existencia de un Derecho Internacional Americano o Interamericano que regule problemas y situaciones de carácter estrictamente regional, respetando al mismo tiempo los principios generales del Derecho Internacional sin que exista un antagonismo entre el Universalismo y el Regionalismo sino por el contrario una complementación entre los mismos. Lo que significa que el Derecho Internacional americano o interamericano no es esencialmente distinto al Derecho

48. I. N. M. Vargas; A. Álvarez, *Hito Histórico del Derecho Internacional*, Sevilla 2011. Universidad Internacional de Andalucía, Master Universitario en Ciencia Jurídica.

49. A. V. Vizcarra, "La contribución de América al Derecho Internacional", Página Oficial da Organização dos Estados Americanos - OEA, 2012. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/59-94%20Villalta%20def.pdf>.

50. "El asilo diplomático es una institución fundamentalmente latinoamericana que de acuerdo a las fuentes del Derecho constituye una costumbre regional o particular y también tiene base convencional ya que ha sido codificada en la Convención de Caracas 1954. Según lo dispuesto en ella los lugares donde se concede el asilo son toda sede de misión diplomática ordinaria, la residencia del jefe de misión y los locales habilitados, las naves de guerra, campamentos militares y aeronaves militares" A. S. Pagliari, "Fragmentación del Derecho Internacional. Aplicación y Efectos", Publicações Organização dos Estados Americanos, Washington 2009.

Internacional universal sino complementario ya que ambos mantienen relaciones de coordinación”⁵¹.

Nas palavras de C. A. Mello, a própria prática internacional consagra a existência de um Direito Internacional Americano, como considerado na Ata de Chapultepec ao declarar que os Estados americanos vêm incorporando o seu Direito Internacional. Segundo o doutrinador, o continente americano possui características próprias e desenvolveu determinados institutos de Direito Internacional. Prossegue:

“Em 1826, no Congresso do Panamá, reunido sob a inspiração de Bolívar, foi concluído um tratado institutivo de uma confederação entre os povos da América, o que já demonstra a solidariedade continental naquela época, apesar de a confederação não se ter tornado realidade”⁵².

As contribuições tipicamente latino-americanas na construção do Direito Internacional universal não ficaram restritas ao século XIX, pelo contrário, aperfeiçoaram-se em inúmeros temas posteriormente. A.A.C. Trindade traçou um resgate histórico de contribuições ao longo do século XX, entre os quais, vale mencionar: o princípio do não uso da força adotado na Conferência Interamericana de Lima de 1938; a reafirmação do princípio da igualdade jurídica entre os Estados durante a Conferência Interamericana sobre Problemas de Guerra e Paz de 1945; a América Latina foi a primeira região do mundo a se declarar zona livre de armas nucleares, mediante a adoção do Tratado de Tlatelolco de 1967; a instituição do asilo diplomático, cujas raízes históricas remontam ao século XV, mas consolidou-se verdadeiramente na América Latina; a solução pacífica de controvérsias internacionais também contou tenazmente com a contribuição dos países latino-americanos, consolidado no Pacto de Bogotá de 1948. O jurista recorda ainda que o primeiro tribunal internacional da história moderna foi a Corte de Justiça Centro-Americana, criada em 1907 e, ademais, os países latino-americanos contribuíram de forma significativa para a codificação do Direito Internacional, o qual conta ainda com iniciativas pioneiras de jurisconsultos como o brasileiro Epitácio Pessoa e o Chileno Alejandro Álvarez no campo de Direito Internacional Público. Outra contribuição decisiva, tanto no campo da doutri-

na quanto da prática latino-americana, diz respeito à formação e expansão, nas últimas cinco décadas, do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁵³.

Decisivas foram as contribuições dos Estados latino-americanos ao desenvolvimento do Direito Internacional humanitário. As novas Repúblicas americanas, desde sua independência até a atualidade, têm contribuído para a consolidação e desenvolvimento de normas e princípios de Direito Internacional. Apesar das dificuldades enfrentadas pelos países desde a independência, os Estados latino-americanos promoveram um conjunto de normas que limitam comportamentos beligerantes nos conflitos armados e protegem os direitos das vítimas. A projeção dos Estados latino-americanos não ficou, nas últimas décadas, restrita ao continente, pelo contrário, tornou-se universal através do crescente protagonismo dos Estados latino-americanos nas últimas conferências internacionais, decisivas ao desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário⁵⁴.

Na análise de P. G. Carroza, a América Latina possui um histórico de antecedentes que resultou na rica contribuição dos países latino-americanos na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Neste diapasão, três antecedentes se destacam: o primeiro precedente encontra em Bartolomé de Las Casas críticas referentes às injustiças sofridas pela população local, indignidade e sofrimentos causados pelos colonizadores espanhóis. No século XVIII, o triunfo das ideias revolucionárias liberais e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, influenciaram Simón Bolívar e as jovens Constituições republicanas. Finalmente, a Constituição de 1917 no México, tornou-se um dos mais importantes documentos da história da região, trazendo à baila novas concepções referentes aos direitos humanos e sociais. Evidentemente, a contribuição histórica da América Latina é marcada por profundas contradições:

“At the same time, of course, many other parts of the larger story of human rights in Latin America, both past and present, have necessarily been omitted here. In the expanses of centuries and continental distances there are also a variety of dissenting voices, competing lines of thought, and, perhaps most of all, vast contradictions between the persistent idea of human rights and the persistent violation of them”⁵⁵.

53. A. A. C. Trindade, *Los Aportes Latinoamericanos al Derecho y a la Justicia Internacionales*, Cidade do México 2002.

54. J. J. Urbina, “La Aportación Latinoamericana al Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario”, *XIV Encuentro de Latinoamericanistas españoles, Congreso Internacional 1910-2010: 200 años de Iberoamérica*, Madrid 2010, pp. 56-88.

55. P. G. Carroza, “From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Traditional of the Idea of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, v. 25, no. 2, (2003), pp. 281-313.

51. A. V. Vizcarra, “La contribución de América al Derecho Internacional”, Página Oficial da Organização dos Estados Americanos - OEA, 2012. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/59-94%20Villalta%20def.pdf>.

52. C. A. Mello, *Curso de direito internacional público*, 14 ed., Rio de Janeiro 2004.

As contradições existentes no âmbito do sistema americano não deixam de ser ressaltadas na literatura hodierna. A constante participação em fóruns multilaterais, adesões e ratificações de Tratados não necessariamente implicam avanços substanciais em matéria de direitos humanos e Direito Internacional, principalmente na proteção dos cidadãos dentro de cada Estado. Para H. B. Jacobini⁵⁶, os mecanismos especiais criados e aprofundados na região referentes à conciliação pacífica, resolução de conflitos, defesa regional, entre outros, evidentemente são muito significativos e certamente obstam tentativas nucleares no hemisfério, sendo inegável a existência de um sistema regional. Contudo, deve-se aferir até que ponto desse regime legal tem importância mais romântica do que prática.

Hodiernamente, são poucos os internacionalistas que negam a existência de um Direito Internacional Americano. Inegável que, em virtude de fatores peculiares, o continente americano desenvolveu inúmeros institutos, tornando-se o berço de múltiplas doutrinas de Direito Internacional. Interessante notar que a América, sendo região de imigração, fez com que adotássemos o *jus soli* como sistema atributivo de nacionalidade originária. Ademais, vale mencionar que a América tem defendido uma igualdade jurídica entre os Estados em um sentido mais amplo do que qualquer outra parte do mundo.⁵⁷

VI. CONCLUSÃO

O estudo do Congresso do Panamá permitiu-nos visualizar as bases teóricas de projetos de confederação e integração, tão presentes atualmente no âmbito das relações internacionais, mormente na construção de regionalismos, inclusive, importante mecanismo de desenvolvimento e união dos povos. Os princípios extraídos dos tratados analisados ao longo de nossa pesquisa formam hodiernamente um conjunto de princípios de Direito Internacional. O Estado moderno, primeiramente absolutista, posteriormente liberal e atualmente sob diversas faces, encontra suas raízes e legitimidade no âmbito do próprio Direito Internacional, o qual reconhece - de acordo com o princípio da igualdade jurídica entre os Estados - as bases práticas e teóricas da noção de soberania. Foi na América, como vimos, que os princípios da não-intervenção e da consolidação da soberania foram elevados à máxima efetividade. As opressões do sistema colonial somadas aos próprios ideais ilu-

56. H. B. Jacobini, "La Contribución Latinoamericana al Derecho de Las Naciones y al Derecho Internacional Americano", *Revista Editorial El Colegio de México*, Cidade do México 1982, pp. 47-69.

57. C. A. Mello, *Curso de direito internacional público*, 14 ed., Rio de Janeiro 2004.

ministas de liberdade e autodeterminação fizeram da América a mais aguerrida defensora da independência e do princípio da não-intervenção.

Ao mesmo tempo, o receio de iminentes intervenções levou a um inovador *modus operandi* nas relações políticas entre as jovens repúblicas e o surgimento de um sentimento de união como principal forma de afastar os fantasmas opressores da liberdade. Em um primeiro momento, o receio restringiu-se às tentativas de dominação espanhola e a um Estado expansionista no continente sul-americano, então monárquico e de língua portuguesa que, conforme consta nos tratados, gerava receio e consequentes tentativas de aproximação. Na segunda metade do século XIX, contudo, há a presença de uma nova potência que ameaça a soberania dos Estados latino-americanos, a hegemonia continental dos Estados Unidos da América. Estes, posteriormente, apropriaram-se da ideia de pan-americanismo, liderando a tradição de Conferências no continente.

Ao longo do século XX, assistimos a alguns períodos específicos de regionalismo na América: a continuidade de Conferências Americanas, sempre traduzidas em tentativas norte-americanas de expansão capitalista na região, principalmente em matérias comerciais e alfandegárias e em episódios de enfrentamentos, particularmente entre Estados Unidos e Argentina até a IX Conferência Pan-Americana de 1948, na qual foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA). Em um segundo momento, um novo regionalismo é moldado na região, de caráter econômico e restrito a regiões específicas, com ênfase na América do Sul. A criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio, a ALALC, em 1960, contou inicialmente com a adesão de Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai e posteriormente com o ingresso da Colômbia, Equador, Venezuela e Bolívia. A formação de um mercado comum regional era o objetivo precípua da ALALC, confirmando a inserção da América Latina no cenário capitalista de ampliação dos mercados nacionais. Posteriormente, o Tratado de Montevidéu, de 1980, criou a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) de forma a dar continuidade aos projetos econômicos anteriormente planejados no âmbito da ALALC. A criação do MERCOSUL pelo Tratado de Assunção, em 1991, reiterou o regionalismo econômico de cunho neoliberal como forma de inserção da América do Sul na economia global. Em suma, em termos de regionalismo, o século XX pode ser dividido em duas principais fases: aquela da primeira metade do século, marcada pelas Conferências Pan-Americanas, e a segunda metade, fase de inauguração dos blocos econômicos regionais.

Apesar das inovações em matéria de Direito Internacional - como o prin-

cípio do não uso da força adotado na Conferência Interamericana de Lima de 1938, a reafirmação do princípio da igualdade jurídica entre os Estados durante a Conferência Interamericana sobre Problemas de Guerra e Paz de 1945 e a adoção do Tratado de Tlatelolco de 1967, que tornou a América Latina a primeira região do mundo a se declarar como zona livre de armas nucleares - a América Latina acabou se tornando zona de influência norte-americana, principalmente no período da Guerra Fria, marcado também por sangrentas ditaduras, muitas das quais com forte apoio do governo estadunidense.

Desde o Congresso do Panamá, realizado em 1826, as tentativas de aproximação entre os países da América Latina sempre tiveram, além das semelhanças históricas e culturais, a presença de uma característica comum: a busca pela autonomia e a resistência a quaisquer pretensões hegemônicas na região. O fator autonomia versus dependência econômica não pode ser olvidado em termos de integração na América Latina, frequentemente vinculada à agenda da política externa dos Estados Unidos. A Primeira Conferência Internacional Americana, realizada em Washington no ano de 1889, pode ser compreendida como uma fase inicial na formação de um sistema interamericano segundo os desígnios da potência hegemônica. Desde então, e de forma aparentemente contraditória, tornou-se comum a vinculação de interesses nacionais aos moldes norte-americanos, com maiores resistências por parte de determinados governos. A posterior resistência à formação da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) por parte dos países latino-americanos no século XXI veio de encontro ao tradicional dilema acima mencionado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA, G. E. do, CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEIXO, José Carlos Brandi. O Brasil e o Congresso Anfictiônico do Panamá. Brasília: *Revista Brasileira de Política Internacional*, ano/vol.43, número 002, 2006.

ALVAREZ, Alexandre. *Le Droit International Américain. Son Fondament, sa Nature*. Paris: A. Pedone, Éditeur, 1910. Digitized by the Internet Archive with funding from University of Toronto. Disponível em:

<http://ia600406.us.archive.org/6/items/ledroitinternati00alva/ledroitinternati00alva.pdf>

BETELL, Leslie. *História de América Latina. América Latina, economia y sociedad, 1870-1930*. Barcelona: Editorial Crítica, 1991.

_____. *História de América Latina. América Latina independente, 1820-1870*. Barcelona: Editorial Crítica, 1991.

Bibliothèque Diplomatique Comte d'Angeberg. *Le Congrès de Vienne et les traités de 1815*. Paris: Amyot éditeur des archives diplomatiques, 1937.

BUENO, Clodoaldo. Pan-Americanismo e Projetos de Integração: Temas Recorrentes na História das Relações Hemisféricas (1826-2003). *Política Externa*, São Paulo, v.13, nº1, 2004.

CABRA, Marco Gerardo Monroy. Influência de Bolívar en el Derecho Internacional. *Conmemoración del Bicentenario de la Independencia*. Academia Colombiana de Jurisprudência. Disponível em: http://www.acj.org.co/actividadacademica/conmemoracion_bicentenario.htm.

CALVO, Carlos. *Derecho Internacional. Teórico e Prático. De Europa e América*. Paris: D'Amyot Diplomatique, 1868.

CARROZA, Paolo G. From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Traditional of the Idea of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 25, number 2, May 2003, p. 281-313.

CERVO, Amado Luiz. Hegemonia Coletiva e Equilíbrio: a Construção do Mundo Bilateral (1815-1871). Em *Relações Internacionais Dois Séculos de História. Entre a Preponderância Europeia e a Emergência Americano-Soviética*. Organizador: José Flávio Sombra Saraiva. volume I. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, Coleção Relações Internacionais, 2001.

CERVO & BUENO, Amado Luiz e Clodoaldo. *História da Política Exterior do Brasil*. Brasília: Editora UNB, 2ª edição, Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2002.

DAVIS, Harold Eugene. Relations During the Time of Troubles, 1825-1860. Em *Latin American Diplomatic History. An Introduction*. Louisiana State University Press, 1977.

DULCI, Tereza Maria S. As Conferências Pan-Americanas: identidades, união aduaneira e arbitragem (1889 a 1928). Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008

ESPADA, Cesáreo Gutiérrez. *Existe el Derecho Internacional Latino-Americano?* Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 2007.

JACOBINI, H.B. *La Contribución Latinoamericana al Derecho de Las Naciones y al Derecho Internacional Americano*. Traducción de Alejandro

Licon, Revista Editorial El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales, Ene-Marc, 1982

LAGO, Pedro Corrêa. *O século XIX nos Documentos Latino Americanos*. São Paulo: Capivara, 2006.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENEZES, Wagner. *Direito Internacional na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2007.

OBREGÓN, Liliana. Regionalism Constructed: A Short History of Latin American International Law. European Society of International Law, *Conference Paper Series* Nº 5/2012.

PAGLIARI, Arturo Santiago. *Fragmentación del Derecho Internacional. Aplicación y Efectos*. Publicações Organização dos Estados Americanos, 2009.

POSADA, Edgar Vieira. *La Integración de América Latina: del Congreso Anfictiónico de Panamá en 1826 a una Comunidad Latinoamericana o Sudamericana de Naciones en el año 2010*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2004

RAYGADA, Oscar Barrenechea. *El Congreso de Panamá de 1826. Documentación inédita*. Lima: Archivo Diplomático Peruano, 1942.

REZA, Germán A. *Documentos sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá*. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho y Banco Central de Venezuela, 2010.

_____. Más Allá de la Negligencia Racional la Asamblea de Tacubaya, 1826-1828. *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*/ISS 0185-2620, n. 30, julio-diciembre 2005.

ROUQUIÉ, Alain. *O Extremo-Occidente. Introdução à América Latina*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1991.

SANTOS, Luís Cláudio Villafañe G. *O Brasil entre a América e a Europa. O Império e o Interamericanismo (do Congresso do Panamá à Conferência de Washington)*. São Paulo: Editora Unesp, 2004.

STADTMÜLLER, Georg. *Historia del Derecho Internacional Público, parte I, Hasta el Congreso de Viena (1815)*. Tradução: Francisco F. Jardon Danta Eulalia. Madrid: Aguilar, 1961.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Los Aportes Latinoamericanos al Derecho y a la Justicia Internacionales*. Ciudad de México: Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.

URBINA, Julio Jorge. La Aportación Latinoamericana al Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario. *XIV Encuentro de Latinoamericanistas españoles, Congreso Internacional 1910-2010: 200 años de Iberoamérica*.

VARGAS, Ingrid Nohemy Maldonado. Alejandro Álvarez. Hito Histórico del Derecho Internacional. Universidad Internacional de Andalucía, Master Universitario en Ciencia Jurídica, 2011.

VIZCARRA, Ana Elizabeth Villalta. *La contribución de América al Derecho Internacional*. Página Oficial da Organização dos Estados Americanos - OEA, 2012. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/59-94%20Villalta%20def.pdf>

WATSON, Adam. *A Evolução da Sociedade Internacional: uma análise histórica comparativa*. Brasília: Editora UnB, 2004.

EL APOORTE DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS A LA DEFINICIÓN DE LA EQUIDAD DEL PROCESO COMO PRINCIPIO ESTRUCTURAL DEL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

Antonietta ELIA*

RESUMEN: El presente trabajo se propone de ofrecer una instantánea sobre la definición de las garantías constitutivas del derecho a un proceso equitativo en el ordenamiento internacional. Gracias al papel cada vez más incisivo desarrollado por el Comité de Derechos Humanos en la interpretación y garantía de los derechos contenidos en el artículo 14 del PDCP, el carácter equitativo del proceso ha pasado de valor global a principio estructural del ordenamiento internacional, en el marco del más amplio principio irrenunciable de la protección individual. Sin embargo, el objeto de análisis se limita al párrafo primero del artículo 14, en cuanto engloba las garantías generales aplicables tanto a la materia civil, como en lo penal. Después de una breve introducción, la segunda parte se concentra sobre la evolución de la función interpretativa del Comité y su impacto; la tercera parte se centra sobre las dos observaciones generales relativas al art. 14 del PDCP y los sub párrafos miran a desprender de la jurisprudencia del Comité el “derecho viviente” tal y como desvelado por el mismo Comité. Para ello, en el presente trabajo se ha puesto el acento sobre las comunicaciones individuales y las versiones lingüísticas relevantes, respectivamente en inglés y en español.

PALABRAS CLAVE: Derecho a un juicio justo – Comité de Derechos Humanos – Acceso a la justicia en el derecho internacional – Protección internacional del individuo

ABSTRACT: This article aims to present the consolidation of guarantees of the right to fair trial into the international legal order. As a consequence of the interpretative function developed by the Human Rights Committee, fair trial substantially evolved from global value into structural principle of the international legal order, in the framework of the more ample principle of the protection of

Fecha de recepción del original: 31 de mayo de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 25 de julio de 2015.

* Dra. en Derecho Internacional y Derecho Interno en Materia Internacional, Universidad de Salerno (Italia); Profesora Visitante, Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela (España); Profesora Agregada de Derecho Internacional, Universidad de Roma III (Italia, 2014 - 2015); Miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales; Miembro de la ILA, Sección Española.

human person. However, the analysis is focused on paragraph 1st of Article 14 of ICCPR, because it includes general guarantees applicable both to criminal and civil matters. After a short introduction, the second part of this contribution examines the development of the interpretative function of the Committee and its impact. The third part analyses the General Comments about article 14 of ICCPR adopted by the Committee and its jurisprudence. It is important to note that the analysis of jurisprudence is limited to individual communications, as like as it take into account two linguistic version – English and Spanish – of the relevant documents.

KEY WORDS: Right to Fair Trial – Human Rights Committee – Access to Justice in International Law – International Protection of Human Person

SUMARIO: Premisa. - I. El reconocimiento de los derechos fundamentales en materia de justicia por la “Charte Internationale des Droits de l’Homme”: Una breve reconstrucción. - II. La evolución de la función interpretativa del Comité de Derechos Humanos en materia de justicia. - III. El derecho a un proceso equitativo en el *General Comment* n. 32 relativo al artículo 14 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos. 1. Igualdad y efectividad de los derechos ante los tribunales. 2. Las garantías constitutivas de la noción de tribunal: competencia, imparcialidad, independencia. 3. El derecho a una audiencia pública e imparcial. – Notas conclusivas.

PREMISA

Los principios estructurales del ordenamiento internacional constituyen, en cierta medida, las bases ideológicas del mismo ordenamiento, representando valores comunes sobre los que los Estados fundamentan las relaciones entre sí. Entre estos principios enunciados en los artículos 1 y 2 de la Carta de Naciones Unidas, el principio de la protección del individuo desde cualquiera violación de sus derechos reviste especial relevancia. Contrariamente a los demás principios estructurales clásicos que rigen las relaciones interestatales (entre ellos el arreglo pacífico de las controversias, la no injerencia en los asuntos de otro Estado, la igualdad entre Estados, el deber de cumplir sus obligaciones conforme al principio de buena fe, el deniego del uso de la fuerza), el principio de la protección internacional del individuo es el que conlleva la transformación en acto del ordenamiento, desde *societas* en *communitas* internacional¹. Es decir, rige las relaciones entre el Estado y otros sujetos

1. Sobre el concepto de la comunidad internacional emergente, véase A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, 2012, pp. 728, de especial manera el capítulo conclusivo.

de derecho internacional, en particular el individuo². Como se verá a continuación (Parte I), el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos constituyen el eje central de la evolución de las funciones y los fines del ordenamiento internacional, cada vez más orientadas a la prevención y represión de los *crimina iuris gentium*, la lucha contra la impunidad y la garantía de un remedio efectivo para las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Todo ello es estricta consecuencia de la centralidad de la persona humana³ en el ordenamiento internacional, solemnemente proclamada por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (*infra*, Parte I).

Desde entonces, asistimos a una proliferación de normas⁴ a protección de la persona humana y a garantía de sus derechos y a la contextual consolidación de instituciones internacionales llamadas a dar efectiva implementación a las mismas, así como a concretizar por la vía interpretativa el contenido de los derechos por ellas protegidos.

Si bien constituya parte de un trabajo de investigación más amplio, empezado con los estudios doctorales y actualmente en curso, el presente artículo se propone de ofrecer una instantánea entorno a la definición del derecho a un juicio justo como garantizado en el párrafo 1 del artículo 14 del PDCP, dentro del principio más amplio de la protección internacional de la persona humana. En el mismo tiempo, lo que se trata aquí es de averiguar si y en qué medida el Comité de Derechos Humanos, Institución prepuesta a la efectiva salvaguarda de los derechos garantizados en el PDCP (*infra* Parte II), haya conseguido desvelar los elementos básicos para su definición. Esto nos llevará inevitablemente a preguntarnos sobre el papel desarrollado por el Comité, su evolución y de alguna manera a averiguar posibles “cambios de ruta” por parte del mismo hacia la consolidación de su autonomía de funciones.

Por ello, nos parece oportuno fijar la atención sobre el instrumento de la Observación General, considerando su autoridad normativa en la hora de transformar el texto de la norma en “derecho viviente” necesario a la efectiva garantía de los derechos humanos.

2. Sobre las categorías de principios estructurales del ordenamiento internacionales, véase, entre otros M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed., Madrid, 2013, p. 1208; G. Ziccardi Capaldo, *Diritto Globale. Il nuovo diritto internazionale*, Milano, 2010, pp. XXIV-734.

3. Véanse, C. Focarelli, *La centralità della persona umana nel diritto internazionale*, Bologna, 2013, p. 389; V. Bou Franch, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Valencia, 2010, p. 428; M. Pinto, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, 2009, pp. 202; A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, 2004, p. 172.

4. Véase, C. Blake, “Normative Instruments in International Human Rights Law: Locating the General Comment”, *Center for Human Rights and Global Justice Working Papers*, n. 17, 2008, pp. 1-43.

Se tratará, entonces, de reconstruir el enfoque adoptado por el Comité, así como de poner el acento sobre la evolución de su función interpretativa, aclarando sus aportes a la definición del derecho a un juicio justo y a su centralidad en el ordenamiento internacional.

Dada la especial relevancia que reviste la competencia del Comité en recibir comunicaciones individuales en el marco de la consolidación del derecho de petición individual en el ordenamiento internacional, el análisis se desarrollará tratando de hacer, en la medida de lo posible, un histórico de las comunicaciones individuales más relevantes en el periodo intercurrente la adopción de las dos Observaciones Generales, respectivamente la de 1984 y la de 2007. Por ello, en el presente trabajo se ha puesto el acento sobre las comunicaciones individuales y las versiones lingüísticas relevantes, respectivamente en inglés y en español.

Por último, es el caso de subrayar que el análisis se limita al párrafo 1 del artículo 14 por que en ello se concentran las garantías comunes tanto a la materia civil, como en lo penal. El derecho a un juicio justo, de hecho, constituye la esencia misma de una eficaz administración de la justicia⁵, instrumental a la efectiva garantía de los demás derechos humanos.

I. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA DE JUSTICIA POR LA "CHARTRE INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME": UNA BREVE RECONSTRUCCIÓN

La incorporación de los derechos humanos en los pilares del derecho internacional puede de alguna manera considerarse como la *clef de voûte*⁶ de la evolución – o, si se prefiere, de la constante y continua transformación – del ordenamiento internacional de simple comunidad de Estados hacia una

5. Comité de Derechos Humanos, Observación General n. 13, párr. 1; S. Joseph, M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Material, and Commentary*, Oxford University Press, 2014, pp. 430-431.

6. Véase G. Cohen-Jonathan, "Les droits de l'homme, une valeur internationalisée", en *Droits Fondamentaux*, n.º 1, juillet-décembre, 2001, p. 157. El autor, sin embargo, con esa expresión no se refiere al reconocimiento de los derechos humanos de forma general, sino que la atribuye de forma específica a la Declaración Universal de los Derechos Humanos con el fin de subrayar su función básica en ofrecer a los derechos humanos "une vision suffisamment rassemblée nell'ordinamento internazionale [...] pour pouvoir convier tous les hommes à les respecter [...]".

comunidad integrada⁷. Hablar de "reconocimiento" lleva en sí mismo el esfuerzo de no tener en cuenta cualquiera concepción o interpretación filosófica⁸ de los derechos humanos y la consecuente necesidad de *muoversi sul terreno del diritto positivo*⁹.

Sin embargo, cabe señalar como parte de la doctrina haya puesto el acento en el fundamento ideológico del reconocimiento y la tutela de los derechos humanos en el ordenamiento internacional, resumiéndolo en *l'égalité de tous les hommes*¹⁰ y definiéndolo como denominador común tanto a los ordenamientos nacionales como al ordenamiento internacional¹¹.

Estrictamente relacionado con este principio está aquello de la unidad y de

7. Sobre los rasgos distintivos de esa evolución y en particular sobre el concepto de comunidad integrada, véase entre otros G. Ziccardi Capaldo, "The Law of the Global Community: An Integrated System to Enforce 'Public' International Law", *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2001, pp. 71 y ss. Por los aspectos relativos a las funciones que se configuran en el proceso decisonal integrado, véase del mismo Autor, "Legality vs. Effectivity in the Global Community: The Overthrowing of Saddam Hussein", en *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2003-I, pp. 107 y ss. Sobre la *democratização* de las relaciones internacionales, véase por todos A.A. Cançado Trindade, "A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n. 16, Madrid, 2003, pp. 237-287, in specie pp. 248-249.

8. Sobre el concepto filosófico de universalidad de los derechos humanos, H. Abdelhamid, "Les droits de l'homme et l' 'Homme universel'", en H. Pallard, s. Tzitzis (ed.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*.

9. Expresión de C. Zanghì, "La concezione dei diritti umani nella odierna comunità internazionale", en Id., *La Protezione Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2006, pp. 17 y ss.

10. Así esta subrayado por F. Sudre, "Le Droit International des Droits de l'Homme est un Droit Idéologique", en Id., *Droit Européen et International des Droits de l'Homme*, 7ème ed., 2005, p. 38. Según el Autor, la igualdad entre los hombres sería el fundamento ideológico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, refiriéndose en este sentido al artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando reafirma que "tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits". Sin embargo, C.M. Ayala Corao, "Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional", en *Foro Constitucional Iberoamericano*, n.º 7, 2004, pp. 1-74, afirma que "El mundo ya no es el mismo desde que la humanidad reconoció el carácter universal de los derechos humanos como atributos que emanan de la dignidad de la persona", añadiendo que ese concepto "ha trastocado los conceptos clásicos de Estado, Derecho, soberanía y jurisdicción", también consultable en la pagina web <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Ayala-writing.pdf>. Sobre el carácter preexistente de los derechos humanos, véase A.A. Cançado Trindade, "The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century", 30 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1998-1999, pp. 1-27, in specie p. 1.

11. F. Sudre, *op. cit.*, pp. 38-39.

la intemporalidad del derecho¹², que se fundamenta en el carácter inmanente de los derechos humanos.

De acuerdo con esta teoría, cualquier texto, nacional o internacional, de derechos humanos se configura como un instrumento de reconocimiento, es decir declaratorio, por estar fundado en el derecho de ser un hombre¹³, valor permanente y penetrante.

La no admisibilidad de una cualquiera función creadora de derechos ejercida por los textos internacionales en la materia nos lleva a reconocer, aun no teniendo en cuenta la naturaleza del acto que les prevé, la capacidad de los mismos de incluir los derechos en categorías jurídicas y atribuirles un régimen de protección.

Está claro que una símil conclusión conlleva consecuencias tanto para el ejercicio de las funciones sociales del ordenamiento internacional, de forma particular con respeto a la producción normativa y al accertamiento del derecho¹⁴, como para el papel de los sujetos que detienen su respectivo ejercicio, hasta el punto de afectar a la estructura misma del ordenamiento¹⁵. De hecho, si en su origen la comunidad internacional estaba organizada según el principio de la gestión paritaria del poder por parte de los Estados, hoy en día asistimos a un *processo di organizzazione del potere internazionale in maniera accentrata [...]; un processo messo in movimento dalla necessità di soddisfare le esigenze di gestione pubblicistica degli emergenti valori globali e sopprimere alle incapacità a farvi fronte dell'ordinamento internazionale classico [...]*¹⁶. Los valores globales de la comunidad internacional en transformación

12. Véase M. Virally, "Droits de l'Homme et Théorie Générale du Droit International", en *Mélanges René Cassin*, Paris, 1969, pp. 323 y ss. Por una síntesis de la aplicación de esta teoría en la esfera de los derechos humanos, véase también F. Sudre, op. cit., pp. 40 y ss. Sobre el valor y la función de la dimensión temporal en el derecho internacional de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, véase para todos E. McWhinney, "The Time Dimension in International Law, Historical Relativism and Intertemporal Law", en J. Makarczyk (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, The Hague / Boston / Lancaster, 1984, pp. 179 y ss.

13. F. Sudre, op. cit., pp. 40 y ss.

14. Cfr. G. Ziccardi Capaldo, "Legittimità democratica, tutela dei diritti umani e produzione giuridica primaria nell'ordinamento internazionale", en *Jus*, 1999, pp. 639 y ss.

15. Sobre la evolución de la función del juez internacional, véase G. Ziccardi Capaldo, "Tendenze Evolutive della Politica Giudiziaria della Corte Internazionale di Giustizia", en F. Salerno (ed.), *Il Ruolo del Giudice Internazionale nell'Evoluzione del Diritto Internazionale e Comunitario, Atti del Convegno di Studi in Memoria di G. Morelli*, Padova, 1995, pp. 257 y ss.; del mismo Autor véase "La Tutela dei Valori Costituzionali Globali: La Corte Mondiale, i Diritti Umani e la Pace", en *Scritti in Onore di G. Badiali*, Tomo I, 2007, pp. 503 y ss.; véase igualmente la bibliografía citada ante, nota 4.

16. Así G. Ziccardi Capaldo, "La Tutela dei Valori Costituzionali Globali: La Corte Mondiale, i Diritti Umani e la Pace", en *Scritti in Onore di G. Badiali*, Tomo I, 2007, p. 504.

florecen por primera vez en el terreno del derecho positivo en cuanto raíces de los derechos reconocidos en y por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas con la Resolución n. 217-A-III el 10 de diciembre de 1948 (a partir de ahora DUDH), con la que se dio inicio a la gradual erosión del *santuario de la soberanía* de los Estados¹⁷. Junto con esta primera consecuencia y de forma direc-

17. Así se expresa M. Virally, *Cours Général de Droit International Public*, RCADI, Tomo 183, 1983. El Autor atribuye esta erosión al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir a la evolución del derecho internacional como disciplina de las relaciones entre Estados e individuos y no solamente de las relaciones entre Estados. También hay que subrayar que parte de la doctrina – no solo internacionalista – ha considerado el reconocimiento en el plan internacional de los derechos humanos, así como el entero corpus de normas a carácter regional y universal y los órganos encargados de su efectiva aplicación, "un diritto internazionale di nuovo genere" (véanse por ejemplo, C. Grewe, H. Ruiz Fabri, *Droits Constitutionnels Européens*, Paris, 1995). También el Autor F. Sudre, en op. cit., admite cierto margen de distinción entre derecho internacional y derecho internacional de los derechos humanos, suponiendo por otro lado una repartición ulterior en el marco de este último según se considere el plan regional (europeo) o universal de garantía, teniendo en cuenta el nivel de efectividad y de justiciabilidad respectivo. F. Salvíoli, afirma que "la evolución vertiginosa" del derecho internacional de los derechos humanos "[...] ha llevado en algunos casos a considerar [su] plena y absoluta autonomía", así mismo subrayando que "[...] de ninguna forma podría afirmarse que se ha[ya] generado una ruptura radical y definitiva del derecho internacional de los derechos humanos [...] con el derecho internacional general [...]". Id., "La judicialización del derecho internacional de la persona humana", en *Anuario AADI*, XVI 2007 (II), pp. 98 y ss., en particular pp. 99-101. Estas consideraciones de naturaleza no solo metodológica, nos llevan inevitablemente a reconsiderar el "antiguo" debate sobre la fragmentación del ordenamiento internacional que se ha puesto con más fuerza a la atención de los estudiosos en consecuencia del adopción del informe sobre la "Fragmentation du Droit International: Difficultés Découlantes de la Diversification et de l'Expansion du Droit International" por parte de la CDI de Naciones Unidas, contenido en el documento 2006 (UN Doc., A/CN.4/L.682). Aun no siendo aquí posible profundizar este tema de teoría general, sin embargo nos sea permitido hacer algunas referencias mínimas al respecto. Nos parece oportuno aquí compartir, de alguna forma, la opinión de aquella parte de la doctrina según la cual "[...]Même lorsqu'un sous-système de droit comporte des originalités quant à ses normes secondaires, de reconnaissance, de production et d'adjudication [...] il ne devient pour autant coupé du corps des principes gouvernant en particulier l'interprétation des obligations internationales, notamment conventionnelles. [...] Quant aux droits de l'homme, [...] ils ne constituent pas un droit autonome par rapport au droit international dont il sont bien évidemment partie intégrante", así P. M. Dupuy, "Un Débat Doctrinal à l'Ere de la Globalisation: Sur la Fragmentation du Droit International", en *EJLS*, Issue 1, 2007, p. 4. De la misma opinión era ya B. Conforti, "Unité et Fragmentation du Droit International: Glissez Morfels, N'Appuyez Pas", en *RGDIP*, 2001, pp. 5 y ss. Para tener un cuadro de síntesis sobre la teoría de los sub-sistemas en derecho internacional, véase en particular I. Buffard, "Une relecture de la théorie des sous-systèmes en droit international", en I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittich (ed.), *International Law Between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden / Boston, 2008, pp. 13-40. Sobre la evolución en sentido constitucional del ordenamiento internacional, J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009.

tamente proporcional, el individuo ha ido asumiendo un papel de “actor”¹⁸ cada vez más protagonista” en el marco del proceso de transformación del ordenamiento internacional¹⁹.

Sin embargo, una parte de la doctrina encuentra el límite fundamental de la DUDH no solo en su naturaleza formal en cuanto declaración de principios, si no que también en su concepción “individualista” de los derechos en la cual se fundamenta. Esta posición doctrinal hace referencia a la significativa preeminencia de *droits individuels classiques* en su contenido²⁰.

18. La expresión no se utiliza con connotaciones jurídicas, en cuanto “[t]his is not a juridical term, it is rather a term of art, to which no specific juridical contents and consequences are necessarily attached. [...] [Individuals] are true subjects of international law, bearers of rights and duties which emanate from international law.”, A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, 2011, p. 16.

19. Con referencia al tema del individuo como sujeto de derecho internacional, J. Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, III ed., Coimbra, 2006, p. 287, afirma que “[h]á que discernir successivamente: a) Protecção internacional sem subjectividade internacional (por virtude de normas convencionais que obrigam os Estados a garantir certos direitos no respectivos ordenamentos internos); b) Subjectividade internacional do indivíduo sem protecção dos direitos do homem [...]; c) Protecção internacional com subjectividade internacional (o indivíduo não apenas objeto de protecção mas também sujeito na promoção dessa protecção; donde, o acesso do indivíduo a instâncias internacionais para defesa dos seus direitos contra o próprio Estado de que é cidadão).” Por A. A. Cançado Trindade “En el umbral del siglo XXI, ya no puede haber duda de que el derecho de petición individual a los tribunales internacionales de derechos humanos y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de éstos, necesariamente conjugados, constituyen [...] verdaderas cláusulas pétreas de la protección de los derechos humanos”, Id., “Las cláusulas pétreas de la protección internacional de ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos”, en *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Corte IDH, 2003, Tomo I, pp. 5-69. Más específicamente sobre el tema, véase del mismo autor “A consolidação da personalidade e da capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional”, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 16 (2003), pp. 237-288; Id., “The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century”, en 30 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1 (1998-1999), pp. 1-27.

20. Entre otros, F. Sudre, *op. cit.* El autor subraya la necesidad de atribuir a los derechos humanos, por como solemnemente proclamados en la DUDH, el carácter del “universalismo”, porque, por lo contrario, presuponer un carácter universal, implicaría “affirmer que la conception occidentale a vocation à l’universalité [...]”. Del mismo aviso P. Waschmann, *Les Droits de l’Homme*, III ed., Paris, 1999. De opinión decididamente contraria G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, según el cual hay que admitir el carácter universal de la Declaración por tres razones básicas: porque no está anclada en ninguna concepción u doctrina particular de los derechos si no que expresa “un idéal commun qui est de rétablir la dignité et la liberté de l’homme dans son unité; porque su destinatario es l’être humain [...] sans discrimination [...]”; y porque su contenido define substancialmente y por primera vez “un standard international commun englobant l’ensemble des droits de toute nature [...], qui doivent être garantis dans toute sociétés démocratiques, de façon indivisible” (p. 157). Dicho de otra forma, el autor mueve su opinión de la definición del carácter universal de la

Aquellos autores que apoyan esta tesis reconocen en el mismo tiempo el mérito principal de la misma Declaración, es decir lo de atribuir una dimensión internacional a los derechos humanos, pretendiendo expresar y consolidar valores universales y así ofrecer la base para la efectiva protección en el ordenamiento internacional^{21 22}. Esto es, por lo menos, cierto si se tiene en

Declaración hecha por uno de sus principales inspiradores, R. Cassin, según la cual este se debe a su “inspiration, [...] expression, [...] contenu, [...] champ d’application, [...] potentiel [...]”, en “La Déclaration Universelle et la Mise en Oeuvre des Droits de l’Homme”, *RCADI*, 1951, pp. 241-367, citado también por F. Sudre, en *op. cit.* Del mismo aviso, M. Delmas-Marty, *Vers un Droit Commun de l’Humanité?*, Paris, 1997, *in specie* p. 126. Sobre el valor y la función de la DUDH en el marco de la protección internacional de los derechos humanos, véase A.A. Cançado Trindade, “O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção dos direitos humanos”, en *Revista IDH*, 26 (1998), pp. 11-46. Para tener un cuadro del aporte de la DUDH, en comparación y en paralelo con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, véase F. Salvóli, “El desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos, a partir de las Declaraciones Universal y Americana”, en *Relaciones Internacionales*, n. 13, Universidad de La Plata, pp. 79 y ss.

21. Respecto al carácter no vinculante de las Declaraciones de principios de la Asamblea General de Naciones Unidas, B. Conforti, *Diritto Internazionale*, VII ed., Napoli, 2006, *in specie* pp. 54-56, si bien subraya el hecho que estas “non-costituiscono una autonoma fonte di norme internazionali generali [...]”, sin embargo en una primera fase equiparaba en parte la función a aquella desarrollada por los acuerdos de codificación “ai fini dello sviluppo del diritto internazionale e del suo adeguamento alle esigenze di solidarietà e di interdipendenza sempre più sentite nel mondo di oggi.” Con respecto al derecho consuetudinario, según el mismo autor, hay que considerar dichas Declaraciones como la expresión de la práctica de los Estados, “in quanto somma degli atteggiamenti degli Stati che le adottano e non come atti delle Nazioni Unite”, fundamentando esta afirmación en el hecho de que estas vayan asumiendo un mayor releve en la formación de la costumbre internacional, cuando sean adoptadas por unanimidad o por consensus. Por otra parte, y permitiéndonos extender el concepto más amplio y complejo hasta incluir también a las Declaraciones de Principios, podríamos entenderlas como la expresión de la “tendenza delle Nazioni Unite a supplire alle deficienze strutturali della società internazionale ed a svolgere funzioni generali per il tramite dei suoi organi”, (Cfr. G. Ziccardi Capaldo, “Tendenze Evolutive della Politica Giudiziaria della Corte Internazionale di Giustizia”, en *op. cit.*, *in specie* pp. 257-258. Aunque en las ediciones sucesivas, respectivamente véanse la IX y la X de *Diritto Internazionale*, B. Conforti haya modificado su posición respecto a la función de las resoluciones de la Asamblea General en sentido opuesto, quien escribe comparte su posición inicial, en cuanto expresión del proceso de constitucionalización del ordenamiento internacional. C. Zanghì, en *op. cit.*, *in specie* pp. 25 y ss., aunque llame la atención sobre el contenido jurídicamente no vinculante de la DUDH, fácilmente deducible de sus “formulazioni categoriche”, sin embargo afirma que esta constituye la “più grande prova storica del ‘consensus omnium gentium’ in ordine ad un determinato sistema di valori.” El Autor sigue añadiendo que esta representa el “punto di partenza per l’istituzione di un vero e proprio sistema di diritti universali e positivi [...]”. Por lo que se refiere al problema del valor jurídico de la DUDH, el Autor nos recuerda como este haya sido un punto ya crucial en la época de los trabajos preparatorios, donde se presentó también la exigencia de acercarla a los principios generales contenidos en el Estatuto de la ONU para obviar a la falta de obligatoriedad jurídica. No existiendo referencia ninguna a este respecto en la Carta de las Naciones Unidas, el mismo autor pone en evidencia como la práctica de los órganos de Naciones Unidas, en primer lugar de la

Asamblea General, haya generado "il desiderio che gli Stati membri della Comunità Internazionale la rispettino" y como este elemento fundamente su adopción solemne por parte de la AG. A este respecto, P. Nikken afirma *inter alia* que "[la] autoridad, la influencia, la difusión [...] de ésta han conducido a que hoy en día el sentido corriente de la expresión derechos humanos [contenida en los artículos de la Carta de la ONU y en particular en los artículos 55 y 56] sea inseparable de esa Declaración", Id., "La fuerza obligatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 35 (75) 1990, pp. 329-349, en particular pp. 336-338; véase también A. Aguilar Calahorra (dir.), *El sistema universal de los derechos humanos: Estudio sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, 2014, pp. XXI-1043. Sobre el reenvío hecho por la Corte Internacional de Justicia a las Declaraciones de principios en cuanto expresión de sus "tendenze globali", véase G. Ziccardi Capaldo, "Tendenze Evolutive della Corte Internazionale di Giustizia", en *op. cit.*, in *specie* pp. 269-270; Id., "La Legittimazione del Governo Mondiale nelle Tendenze Globali della Corte Internazionale di Giustizia", en *Scritti in Onore di V. Buonocore*, Vol. I, Milano, 2005, in *specie* pp. 869 y ss. y la jurisprudencia citada en la misma. Sobre la contribución por parte de la CIJ en el desarrollo y la definición de los principios generales del proceso internacional así que por una síntesis del debate doctrinal sobre el tema, véase S. Negri, "La Funzione Giudiziaria della Corte Internazionale di Giustizia", en Id., *I Principi Generali del Processo Internazionale nella Giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia*, Napoli, 2002, Cap. II, pp. 43-59. No obstante subraya su naturaleza totalmente diferente así como la connotación "quand même hasardeuse" de una operación similar, R. Monaco acerca las sentencias del juez internacional declarativas de principios a las mismas declaraciones de la AG con el fin de poner en evidencia "un développement progressif qui concerne aussi l'élargissement des sources matérielles du droit international", fundado en una sensible simplificación de las condiciones sustanciales y formales necesarias, al fin de configurar obligaciones jurídicas. Dicho de otra forma, según el autor, así como una jurisprudencia constante de la CIJ declarativa de principios podría tener efectos sobre las partes ajenas a un asunto, de la misma manera la naturaleza formal no podría impedir a una declaración de principios de ser fuente de obligaciones *erga omnes*, cfr. R. Monaco, "Les Jugements Internationaux Déclaratoires ou applicateurs de Principes Généraux", en Jerzy Makarczyk (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, The Hague / Boston / Lancaster, 1984, pp. 389-401, de forma particular pp. 395-396. Cabe señalar en este lugar, cuanto afirmado por P. Nikken, según el cual, aunque las declaraciones son recomendaciones, sin embargo "existen ciertas particularidades propias de [aquellas] que pueden aproximarlas a las fuentes del derecho internacional". Por un lado, el Autor afirma - y de forma muy similar a lo afirmado por Conforti (*supra*) - que la práctica de los Estados de conformarse al contenido de la DUDH y su aceptación como obligatoria, le permitirían "de integrarse al derecho internacional consuetudinario, teniendo en cuenta el hecho de que su contenido expresa principios de vigencia perdurable y que su adopción lleva en sí mismo la viva esperanza de que la comunidad internacional la respetara". Por otro lado, el mismo autor subraya que puede considerarse obligatoria precisamente por "recoger principios generales del derecho, en el sentido en que los mismos son fuentes del derecho internacional de conformidad con el Estatuto de la CIJ [...]", en general véase la tratada del tema desarrollado por el mismo autor en "La fuerza obligatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos", *op. cit.*, pp. 329-349, in *specie* pp. 329-332.

22. A este respecto W. Friedmann sostuvo que "the United Nations Declaration of Human Rights [...] means essentially an acceptance of certain general standards [...]", confiando su sucesiva implementación a los Estados que hubiesen tomado parte en su adopción en el marco de la AG, Id., *The Changing Structure of International Law*, London, 1964, in *specie* pp. 240-241.

cuenta que durante los trabajos preparatorios²³ se decidió de optar por la creación de dos documentos, uno de contenido más general en la forma de una Declaración, otro destinado a crear obligaciones formales y sustanciales en la forma de una convención o de un pacto²⁴.

Teniendo en cuenta éste cuadro general "apenas dibujado" intentaremos fijar nuestra atención en un "detalle fundamental", *les droits de l'homme au coeur de la justice*²⁵, que se encuentran reconocidos en el artículo 10 de la DUDH²⁶.

Según lo enunciado en la Declaración y considerando su carácter universal, destinatario no es *el individuo bajo la jurisdicción de un Estado*, sino que

23. Para una síntesis de los trabajos preparatorios de la DUDH véase entre otros, C. Zanghì, *op. cit.*; por lo que refiérese a los trabajos preparatorios relativos al Art. 10 de la DUDH, véase el análisis desarrollada por C. Focarelli, *Equo Processo e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Contributo alla Determinazione dell'Ambito di Applicazione dell'Art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001, pp. 22-28.

24. W. Friedmann, "The Individual as a Subject of Rights in International Law", en Id., *The Changing Structure of International Law*, London, 1964, identificaba la Declaración Universal como "[t]he most notable efforts [...]" hacia la definición de "[...] an international bill of human rights", subrayando en el mismo tiempo, como la ausencia de previsiones tanto en materia tanto de prevención como de remedios efectivos a las violaciones no fuera que la prueba de su carácter cognitivo de estándares de políticas públicas generalmente aceptados. El Autor añadía, además, que el obstáculo más grande "in the way of an effective international charter of human rights is [...] the attempt to link the nations of the world, in all their diversity of philosophies and practices in the fields of individual, political, social and economic values and standards of government and administration, in an acceptance of common principles." Sobre la base de estas consideraciones, Friedmann concluía que, donde como en el caso de la DUDH se hubiese conseguido una unidad de intenciones, "the price to be paid is a vagueness of definitions, which to some extent defeats its purpose [...]", pp. 240-242.

25. Así E. Decaux define en lo específico aquellos derechos fundamentales en materia de justicia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desvelo a través de su interpretación del Art. 6 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) en "Justice et Droits de l'Homme", en *Droits Fondamentaux*, n. 2, janvier-décembre, 2002, pp. 81-82. De hecho, las garantías que concurren a la definición del carácter equitativo del proceso no se definirán si no a partir de la vis interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal a través del recurso a las nociones autónomas a ido atribuyendo un sentido "europeo" a dichas garantías así como a los derechos sustanciales, véase, entre otros, AA.VV., *Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 2003.

26. Así el texto del artículo en francés: "Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit des ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle." De acuerdo con el texto español: "Toda persona tiene derecho, en condición de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal." Ambas versiones de la DUDH pueden encontrarse en la página web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al siguiente enlace <http://www.ohchr.org>.

cada persona, en cuanto igual en dignidad. Por consecuencia no encontramos ninguna referencia al derecho individual de acceso al juez, dándose relieve por un lado a los caracteres público y justo del proceso, por el otro a las exigencias de imparcialidad e independencia insitas en la naturaleza misma del órgano judicante.

Cabe señalar la delimitación del *ámbito de reconocimiento*²⁷, que ejercerá una profunda influencia a la hora de la elaboración tanto del correspondiente artículo 14 del Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), como del correspondiente artículo 6 del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

En su formulación, el artículo 10 de la DUDH reconoce los derechos y garantías precitados tanto delante de un tribunal que sea competente para decidir sobre derechos y obligaciones²⁸ como delante de un tribunal llamado a pronunciarse sobre el fundamento de toda acusación en materia penal. Incluyendo en sí misma el embrión constitutivo del derecho a un juicio justo, la DUDH da origen a la Carta Internacional de Derechos Humanos, siendo su base valorial global; así como, de acuerdo con la doctrina²⁹, los dos Pactos de Naciones Unidas de 1966, respectivamente sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales constituyen su *prolongement concret*³⁰.

A consolidar esta posición concurre el texto del Preámbulo común a ambos Pactos. Del examen conjunto de lo dispuesto respectivamente en el I y en el III apartado, se desprende que las Altas Partes Contratantes convinieron sobre la necesidad de establecer las condiciones que permitan el disfrute de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales y culturales para realizar el *idéal de l'être humain libre*, en conformidad con los principios establecidos en la Carta de Naciones Unidas y con la Declaración

27. Tratándose del derecho garantizado por el Art. 10 de la DUDH, nos parece oportuno utilizar una símil formulación; por otro lado, como veremos sucesivamente, nos referiremos a la delimitación o al marco de aplicación de las garantías contenidas respectivamente al Art. 14.1 del Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

28. No es un caso que el Art. 10 no se refiera en algún momento a la materia civil a la hora de determinar la naturaleza de los derechos y de las obligaciones sobre los cuales el tribunal esté llamado a ejercer su jurisdicción. De hecho, es el resultado de la falta de acuerdo en el momento de la definición del borrador del artículo. Además, estas mismas dificultades no serán superadas ni siquiera en el momento de la definición del borrador del correspondiente Art. 14.1 del PIDCP, cuyo alcance normativo sigue siendo objeto de interpretación por parte del Comité de Derechos Humanos (*infra*).

29. Cfr. *ante* notas 16, 18, 19.

30. En particular G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, p. 157.

Universal de Derechos Humanos³¹.

Por un lado podríamos afirmar que los Pactos de Naciones Unidas traduzcan en derecho positivo los principios enunciados en la DUDH, poniendo obligaciones formales, si bien el efectivo disfrute de los derechos *n'est pas en principe conditionné par l'attitude des États à l'égard des instruments conventionnels qui proclament ces droits* [...]³².

Por el otro podríamos deducir una obligación de conformidad a la misma Declaración, en la medida en que se considere como declarativa de aquellos principios contenidos en la Carta de Naciones Unidas por medio de la cual asumiría carácter vinculante de forma indirecta. Por lo tanto, toda violación de la Declaración constituiría una violación (indirecta) de esos principios básicos inscritos en la Carta, en particular de aquella obligación de carácter imperativo de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales³³.

Según el mismo razonamiento y si consideramos a los dos Pactos como la "traducción" bajo la forma de obligaciones positivas de aquellos mismos principios, la violación de uno de los derechos por ellos garantizados no configuraría simplemente la contextual violación de una obligación *inter partes*, si no que también y de la misma manera una violación (indirecta) de dichos principios.

Como el mismo Comité de Derechos Humanos ha tenido ocasión de afir-

31. Sin embargo, en este mismo contexto la DUDH constituye el cuadro de referencia legal así como la misma fuente de legitimación del mismo CEDH. Sea suficiente recordar en este lugar, que tanto el segundo como el tercer considerando del Preámbulo del CEDH hacen una referencia específica a la DUDH, tanto que unos autores afirman la existencia de una "una fuerte relación" entre los dos instrumentos internacionales, véase T. Van Boven, "La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme comme Source et Cadre de Référence", en L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert (dir.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire Article par Article*, pp. 127 y ss. El autor también subraya que originariamente los artículos del Convenio guardaban una referencia expresa y directa a los artículos de la Declaración.

32. Así F. Sudre, *op. cit.*, p. 58. El autor estima que este principio se pueda resumir de la lectura conjunta de las previsiones del Preámbulo de la Carta de NU y del Art. 1 de la DUDH. Sin embargo, se afirma por primera vez con la Comisión Europea de Derechos Humanos, que lo atribuye al CEDH en su decisión rendida en el asunto *Autriche c. Italie*, del 11 de enero 1961 (cuyo texto se puede consultar en la página web <<http://www.echr.coe.int>>), donde se da también una primera definición de *ordre public de l'Europe*. En doctrina véase también L. Montanari, *I Diritti dell'Uomo nell'Area Europea tra Fonti Internazionali e Fonti Interne*, Torino, 2002, in specie pp. 12-13. Sobre el principio del carácter objetivo de los derechos del hombre, véase K. Vasak, "Vers un Droit International Spécifique des Droits de l'Homme", in *Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme*, UNESCO, 1978.

33. Así el IV apartado del Preámbulo común a los dos Pactos de Naciones Unidas.

mar³⁴, the 'rules concerning the basic rights of the human person' are erga omnes obligations. [A]s indicated in the fourth preambular paragraph of the Covenant, there is a United Nations Charter obligation to promote universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms³⁵.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE JUSTICIA

Según A. de Zayas, "[...] the Human Rights Committee is the closest the world has ever come to an international court of human rights. [...]"³⁶. Como el mismo A. de Zayas afirmaba en 2001, el párrafo primero del artículo 14 del PIDCP es una disposición con un potencial considerable³⁷. En la opinión de quien escribe y como trataremos de demostrar a continuación, el Comité ha sin duda desvelado este "potencial" a través de su jurisprudencia.

Por lo que se refiere a la formulación del derecho a un juicio justo prevista por el PIDCP³⁸, el Art. 14 cubre de toda evidencia una gama más amplia de garantías³⁹ y contemporáneamente conlleva numerosas perplejidades res-

34. El Comité de Derechos Humanos es la institución puesta a garantía del respeto de los derechos proclamados en el PIDCP por parte de los Estados contratantes; instituido según las disposiciones de la Parte IV del Pacto, en su origen el Comité no era competente para recibir peticiones individuales. Dicha función le ha sido atribuida por el Primer Protocolo Facultativo al Pacto, entrado en vigor el 23 de marzo 1976, con el fin de "[...] mieux assurer l'accomplissement des fins du Pact [...] et l'application de ses dispositions [...]", de acuerdo con el Preámbulo del mismo Protocolo. Sobre el papel desarrollado por el Comité, véase D. McGoldrick, *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, (Reprinted Version), 2001.

35. Véase la *Observación General 31/2004* del 26/05/2004, *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, párr. 2, adoptado por el Comité de Derechos Humanos de acuerdo con el párrafo 4 del Art. 40. Es posible encontrar el documento en la página web <http://www.ohchr.org>, o en la página web <http://www.bayefsky.com/docs.php>, donde se encuentra también un completo y actualizado database de la actividad del Comité.

36. A. de Zayas, "The Examination of Individual Complaints by the United Nations Human Rights Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights", G. Alfredsson, J. Grimheden, B.G. Ramcharan, A. de Zayas (Eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, The Hague, 2001, p. 71.

37. Id., "The Examination of Individual Complaints by the United Nations Human Rights Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights", *op. cit.*, p. 104.

38. En doctrina véanse, entre otros, Alston-Crawford, *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, 2000; para un análisis de los trabajos preparatorios relativos al PIDCP, véase Bossuyt, *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1987. En particular, sobre el Art. 14 del Pacto y la relativa práctica casi-jurisdiccional del Comité de Derechos Humanos véanse, entre otros, McGoldrick, *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International*

peto a la esfera aplicativa de las mismas⁴⁰. Según cuanto afirmado por el mismo Comité, [T]he article 14 of the Covenant is of a complex nature and the different aspects of its provisions will need specific comments. All of these provisions are aimed at ensuring the proper administration of justice, and to this end uphold a series of individual rights such as equality before the courts and tribunals and the right to a fair and public hearing by a competent, inde-

Covenant on Civil and Political Rights, op.cit., in specie pp. 395 y ss.; P. Tavernier, "Le droit à un Procès Équitable dans la Jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies", en *RTDH*, (1996) 25, pp. 3-22.

39. Reportamos aquí la disposición del primer parrafo, dedicado a las garantías generales del proceso y comunes al ámbito penal, como al ámbito civil. Según el texto del artículo en francés: "1. Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès, soit dans l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimerait absolument nécessaire lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civil sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants." Para una recopilación de los textos internacionales sobre derechos humanos, véase *Droits de l'Homme en Droit International. Textes de Base*, II ed., Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006. El texto del Art. 14 del PIDCP se encuentra tanto en su versión francés como en su versión inglés en, C. Focarelli, *op. cit.*, pp. 30-32. Según su versión española, consultable en la página web del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: "1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores."

40. Véase sobre este punto, C. Focarelli, *op.cit.*, más específicamente pp. 32-40. El autor, recordando como la preparación de los textos respectivamente de la DUDH y del Proyecto del Pacto no haya sido separada que en junio de 1947, reconstruye muy claramente el camino que se ha desarrollado durante los negociados y que ha llevado a la adopción definitiva de la disposición "[...] In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law [...]", según el texto en inglés, y "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal [...] qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. [...]", según el texto en francés, que definen el ámbito de aplicación.

pendent and impartial tribunal established by law ⁴¹.

El Comité ha también subrayado como cada previsión concurre en asegurar *the proper administration of justice*, haciendo muchas veces referencia al valor intrínseco a las mismas garantías enunciadas en el artículo 14. En su exámen de los informes nacionales presentados por los Estados Partes de acuerdo con el Art. 40 del PIDCP, el Comité, de hecho, verifica el respeto del Art. 14 como si previese una garantía general del *derecho a la justicia / droit à la justice / right to justice*, como se desprende de las diferentes versiones lingüísticas de los documentos ⁴².

El texto de la disposición, además de reproponer el concepto de igualdad del hombre en cuanto ser humano, no hace referencia ninguna al derecho de pedir justicia, definiendo por otro lado el carácter público y equitativo que la misma audiencia debe tener.

No hay que olvidar, sin embargo, que la efectividad de una norma se desprende del grado de sancionabilidad de todas violaciones así como de la existencia de órganos propuestos para acertarlas. Este es el papel desarrollado por el Comité de Derechos Humanos instituido por la Parte IV del PIDCP y puesto a garantía del respeto no solo y no tanto de las obligaciones asumidas por los Estados Partes, sino que también y sobretodo de las *rules concerning the basic rights of the human person* ⁴³ que el Pacto prevé. Este papel ha sido consolidado por la titularidad de la competencia a recibir peticiones individuales ⁴⁴ que denuncien presuntas violaciones de los derechos garantizados por el Pacto, que le confiere al Comité una función casi-jurisdiccional ⁴⁵ y en el

41. Véase el *General Comment* 13/21 del 13/04/1984, adoptado por el Comité de acuerdo con el párrafo 4 del Art. 40 del Pacto, consultable en la página <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/index.htm>. En particular, como se desprende del párrafo primero, el Comité define las garantías fundamentales incluidas en el dispuesto del Art. 14, haciendo bien atención en distinguir entre *individual rights* por un lado y en garantías que concurren a definir la noción de tribunal por el otro, (*infra* § 1).

42. Aunque no formen el objeto de nuestro estudio, sin embargo para un análisis de los informes, véase la documentación disponible en el enlace web <http://www.unog.ch>, en la sección dedicada a los derechos humanos o también la página web del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos a la dirección <http://www.ohchr.org>. Con respecto a la relevancia de las diferentes formulaciones lingüísticas de las normas contenidas en el PIDCP, el Comité ha bien evidenciado en varias ocasiones la respectiva e igual autenticidad, de acuerdo con el Art. 53 del Pacto, cfr. La Observación General n. 32 adoptada por el Comité el 23/08/2007, párrafo 16. Véase también, S. Joseph, M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, III Edition, Oxford, 2014.

43. Cfr. D. McGoldrick, *op. cit.*

44. Sobre el valor del derecho de petición individual en el derecho internacional, véase A. A. Cançado Trindade, *Las cláusulas pétreas de la protección internacional de ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, *op. cit.*, así como las referencias contenidas supra, notas 16, 18 y 19.

mismo tiempo le atribuye al individuo subjetividad activa en el plan universal.

III. EL PRINCIPIO DEL PROCESO EQUITABLE EN LA OBSERVACIÓN GENERAL N. 32 RELATIVA AL ARTICULO 14 DEL PACTO SOBRE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

1. Igualdad y Efectividad de los Derechos Ante los Tribunales ⁴⁶

Durante su 90º periodo de sesión que tuvo lugar en Ginebra del 9 al 27 de julio de 2007, el Comité de Derechos Humanos ("el Comité") adoptó su Observación General ⁴⁷ n. 32 con el fin de explicitar el contenido y la portada de las garantías previstas en el Art. 14 del PIDCP. De hecho, como subrayado en el párrafo primero del documento, esta observación general substituye la n. 13 adoptada en 1984 y de la cual reprende su estructura general.

Aún no explicando las motivaciones detrás la exigencia de redefinir un cuadro general en la materia ⁴⁸, sin embargo es lícito leerlas en la necesidad de clarificar la *particularly complex nature / naturaleza particularmente compleja* ⁴⁹ de la misma.

45. En realidad su naturaleza casi-jurisdiccional puede fácilmente resumirse de la lectura conjunta de lo dispuesto respectivamente en el artículo 28, Párr. 2-3; 31, par. 2; 35; 36; 37, par. 2; 38; 39, par. 2 del PIDCP. De acuerdo con estas disposiciones, de hecho, los miembros tienen la obligación de componer el Comité a título personal, cumplir con las condiciones de moralidad necesarias al ejercicio de las funciones, así como obligarse en ejercerlas en toda imparcialidad (*in specie* análisis conjunta de los Art. 28, Párr. 2-3; 38). Aún no disponiendo de su propio presupuesto financiero, el Comité desarrolla sus funciones gracias a un *budget* aprobado por la Asamblea General (és decir de la Comunidad internacional en ella organizada) y sobretodo goza de autonomía reglamentaria. Sobre la "judicialización indirecta", véase F. Salvóli, "La judicialización del derecho internacional de la persona humana", *AADI*, II 2007 XXVI, p. 139-141.

46. La subdivisión del siguiente párrafo en subsecciones tiene en cuenta, si bien parcialmente, de la organización en párrafos de la Observación General n. 32 del Comité de Derechos Humanos.

47. Según la opinión de T. Buergenthal, "The U.N. Human Rights Committee", 5 *Max Planck UNYB*, 2001, "[O]ver time the general comment has become a distinct juridical instrument, enabling the Committee to announce its interpretations of different provision of the Covenant in a form that bears some resemblance to the advisory opinion practice of international tribunals. [...]", p. 486.

48. Además, cabe señalar que el mismo párrafo 4 del Art. 40 del PIDCP en base al cual el Comité está legitimado a transmitir las observaciones generales, no prevé una obligación de motivación de las mismas, atribuyendo al Comité la facultad de adoptar las que estime mas oportunas.

49. Así empieza el par. 2 del documento CCPR/C/GC/32 del 23 agosto de 2007 respectivamente en su versión originaria en inglés y en su traducción oficial en español. Además, como hemos tenido ocasión de demostrar, el Comité ya había evidenciado la naturaleza compleja del Art. 14 en su anterior Observación General CCPR/C/GC/13 del 13 de Abril 1984, en particular en su párrafo primero 1, (cfr. *ante* par. 1).

Teniendo presente la Observación General n.13 (en adelante el GC/13 o la OG/13), intentaremos examinar, sin pretensión ninguna de exhaustividad, cuales sean las ulteriores especificaciones del contenido normativo y de su aplicación comunes tanto a la materia civil como a la materia penal presentadas por el Comité en su Observación General n. 32 (en adelante el GC/32 o la OG/32), teniendo contextualmente en cuenta tanto la versión originaria en inglés, como su traducción oficial al español.

En su GC/13 el Comité, aun subrayando la necesidad de que varios elementos de las previsiones normativas establecidas en el Art. 14 fueran objeto de diferentes y específicas observaciones, sin embargo circunscribe el fin, afirmando que *[its] are aimed at ensuring the proper administration of justice* y atribuye a los derechos individuales la misma función ⁵⁰.

Así, por ejemplo, *[the] equality before the courts and tribunals and the right to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law*, están reconocidos con el fin de garantizar una correcta administración de la justicia y no en cuanto instrumento de efectividad de los derechos fundamentales, si bien esta conclusión podría considerarse implícita.

Se tenga en cuenta, que en aquella sede el Comité no había hecho alguna distinción entre derechos individuales y garantías que la noción de tribunal conlleva, que tampoco el GC/13 considera. De hecho, en aquel entonces se limitó sencillamente a “exhortar” los Estados Partes a presentar informaciones detalladas respecto a las medidas adoptadas tanto para definir su contenido, como para hacerlas efectivas, dejando a ellos la más amplia discrecionalidad.

En particular, parece que el Comité en principio haya ejercido su función de control de manera “excesivamente respetuosa” de la soberanía de los Estados Partes, limitándose a llamar la atención sobre la necesidad que los Estados Partes presenten *all relevant information [...] to explain in greater detail how the concepts of “criminal charge” and “rights and obligations in a suit at law” are interpreted in relation to their respective legal systems*, negando implícitamente toda posibilidad de adoptar una interpretación autónoma del ámbito de aplicación del Art. 14 ⁵¹.

El párrafo tercero del informe se situaba a lo largo de la misma dirección exhortativa, mientras que el párrafo cuarto se concentraba sobre la necesidad de limitar la jurisdicción de los tribunales militares o especiales, estimando-

50. Cfr. el I y el II apartado del párr. 1 del CCPR/C/GC/13.

51. Cfr. párr. 2 del CCPR/C/GC/13.

los competentes a juzgar los civiles solo en casos excepcionales. Sobre este aspecto, en el GC/13 el Comité pareció formular una débil recomendación, afirmando que, aún en el caso excepcional de extensión de la competencia de dichos tribunales, las garantías establecidas en el Art. 14 no pudiesen ser sometidas a limitaciones. Y añade, aunque solo en un inciso,⁵² que *the requirements of article 14 [...] are essential for the effective protection of human rights*.

En el complejo, sin embargo, analizando los 19 párrafos de la Observación General adoptada en 1984, es fácil concluir que en principio el Comité no utilizó que formulaciones generales, sin ejercer su función de único órgano legitimado a desvelar por vía interpretativa contenido, portada y sentido normativo de la disposición, mas allá del nomen de las garantías en ella establecidas. Probablemente pueda considerarse una consecuencia del número muy poco relevante de comunicaciones individuales recibidas por el Comité hasta aquella fecha, en comparación con la frecuencia del examen periódico y el número de los informes nacionales presentados por los Estados Partes ⁵³.

Examinando, al revés, el GC/32, es importante notar como el Comité se haya muchas veces referido a su jurisprudencia ⁵⁴ dictada en las peticiones individuales, tanto por lo que se refiere a la definición general de igualdad delante de los tribunales, como para identificar los derechos específicos incluidos en el artículo 14, comunes tanto a la materia civil como a la materia penal.

La Observación General n. 32 es más orgánica y detallada, siendo repartida en diez secciones. El Comité, esta vez, concentra su análisis sobre el derecho a la igualdad delante de las cortes y de los tribunales así como sobre el derecho a un juicio imparcial, definiéndolos como *a key element of human rights protection / un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos*, cuyo fin es de servir de instrumento procesal para la garantía de la preeminencia del derecho ⁵⁵.

52. Cfr. VIII considerando del párr. 4 del CCPR/C/GC/13.

53. T. Buergenthal, “The U.N. Human Rights Committee”, 5 *Max Planck UNYB*, 2001, pp. 341-398, *in specie* pp. 386-390.

54. Nos sea permitido emplear el término “jurisprudencia” para referirnos al contenido de las comunicaciones individuales rendidas por el Comité en cuanto órgano casi-jurisdiccional garante del respeto de los derechos fundamentales individuales reconocidos en el Pacto.

Para decir la verdad, las dos versiones lingüísticas no coinciden totalmente sobre este punto. Mientras, por ejemplo, la versión inglés se refiere a “a procedural means to safeguard the rule of law”, la española define estos derechos como “un medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley”. Siguiendo el texto inglés, parecería que los derechos en cuestión se refieran a la entereza del procedimiento y por consecuencia también a las fases que preceden la instauración del proceso, contrariamente a lo que se lee en el texto español. Cfr. el párr. 2 del CCPR/C/GC/32.

El siguiente párrafo 3°, considerando la naturaleza compleja de la disposición, enumera las varias garantías en ella contenidas⁵⁶. Contrariamente a la observación general precedente de 1984, el Comité reconoce a los Estados Partes un margen de apreciación en la interpretación de dichas garantías mucho más reducido, afirmando en el párrafo 4°:

“Article 14 contains guarantees that States parties must respect, regardless of their legal traditions and their domestic law. While they should report on how these guarantees are interpreted in relation to their respective legal systems, the Committee notes that it cannot be left to the sole discretion of domestic law to determine the essential content of Covenant guarantees”⁵⁷.

El Comité, entonces, no solo reconoce la primacía de las garantías establecidas por el Art. 14 sobre el derecho nacional de los Estados Partes, sino que también les impone un límite interpretativo que se traduce en la obligación del respeto del contenido esencial de las mismas que él verifica a través del examen de los informes nacionales. Las consideraciones introductorias del GC/32 se concluyen con el párrafo 6, donde el Comité evidencia la obligación de los Estados Partes de acertar y averiguar que las eventuales suspensiones de los procedimientos ordinarios – consideradas admisibles por el mismo artículo – durante un estado de excepción no superen las exigencias estrictas de la situación concreta.

Es decir que estas no sobrepasen el principio de proporcionalidad⁵⁸ y no sean tales de quebrar el contenido esencial del derecho. Consecuentemente, parecería que a este respecto el Comité se autolimita, dejando a los Estados el deber de averiguar la compatibilidad de las medidas adoptadas en el estado de excepción con el principio de proporcionalidad.

Aún justificando, de alguna manera, las derogaciones que sean compatibles con el principio de proporcionalidad, sin por eso aclarar cual sea la institución o el sujeto legitimado a averiguar su violación así como la admisibi-

56. En sus consideraciones introductorias, el Comité recurre sin distinción al uso tanto de la expresión “derechos específicos” así como al término “garantías” para hacer referencia al objeto del Art. 14, cfr. párr. 2, último considerando y párr. 3, II considerando del CCPR/C/GC/32.

57. Así el texto de la versión española: “El artículo 14 establece garantías que los Estados Partes deben respetar, independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno. Si bien los Estados Partes deben informar sobre la interpretación que dan a estas garantías en sus respectivos ordenamientos jurídicos, el Comité observa que el contenido esencial de las garantías del Pacto no puede dejarse exclusivamente a la discreción del derecho interno.”

58. Cfr. apartados I-V del párrafo 6 del CCPR/C/GC/32.

lidad de las mismas caso por caso⁵⁹, sin embargo, el Comité define como inderogables las garantías procesales (y procedimentales) en los casos en que sean funcionales a la efectividad de aquellos derechos que no pueden ser sometidos a ninguna suspensión⁶⁰.

Dicho de otra forma, aquellos derechos (como el derecho a la vida, por ejemplo) se vuelven efectivos solo si se respetan las garantías procesales.

El párrafo, pero, se concluye con una toma de posición por parte del Comité, diríamos, fundamental, según la cual: *Deviating from fundamental principles of fair trial, including the presumption of innocence, is prohibited at all times / En ningún caso cabe desviarse de los principios fundamentales del juicio imparcial, incluida la presunción de inocencia*. Por ello, podríamos concluir por una sólo “aparente” o “relativa” admisibilidad de dichas derogaciones.

La segunda parte de la OG/32 esta dedicada al derecho a la igualdad ante los tribunales. De acuerdo con el Comité, este derecho esta garantizado por el párrafo primero del Art. 14 *in general terms / en términos generales*⁶¹. Esta es también la ocasión por el Comité de afirmar que este derecho debe ser respetado en todos los casos en los que el derecho interno de un Estado Parte atribuya a un órgano la competencia a ejercer la función jurisdiccional con independencia de su naturaleza.

Está claro que una símil afirmación presupone un acertamiento caso por caso por parte del Comité con respeto a la naturaleza del órgano de derecho interno llamado a pronunciarse en derecho, a su función y su aplicación *ratione materiae* de las garantías del Art. 14 en general y de las previsiones de su párrafo primero en particular.

En la comunicación n. 1015/2001⁶², *Peterer v. Austria*, el Comité, si bien haya evidenciado como la revocación disciplinaria de un funcionario no tenga que emanar necesariamente de una corte, sin embargo, siendo la decisión en el caso específico de pertinencia de un órgano judicial, remarcó la

59. Por supuesto, parece una asunción implícita de competencia por parte del mismo Comité.

60. Véase, por ejemplo, lo que ha afirmado el Comité en su CCPR/C/GC/29 de 2001 relativo a las *Derogaciones en un Estado de Excepción*, en el par. 15 respecto a la condición de no admisibilidad de las garantías contenidas en el Art. 14, cuando en una situación de excepción cualquier juicio se concluya con la pena de muerte. Esta hipótesis, además, esta considerada desde el V hacia el XI considerando del párr. 6 del CCPR/C/GC/32, que estamos examinando. A este respecto creemos oportuno hacer una consideración, siempre teniendo en cuenta las diferentes formulaciones lingüísticas del GC/32. En este caso específico, tanto la inglés como la española prevén una obligación de conformidad del juicio con las garantías del Pacto y en particular con aquellas establecidas en el Art. 14, atenuando de alguna manera su “inderogabilidad refleja”.

61. Cfr. el considerando I del párrafo 7 del CCPR/C/GC/32.

62. El Comité presentó sus conclusiones el 20/08/2004 en el doc. CCPR/C/81/D/1015/2001.

obligación del mismo de respetar el derecho a la igualdad ante los tribunales, así como el principio de imparcialidad, equidad e igualdad de armas, implícitamente incluidos en las previsiones del párrafo 1 del Art. 14.⁶³

El derecho a la igualdad ante los tribunales se fundamenta además en los principios de la igualdad de acceso y de medios procesales, así que en el principio de no discriminación.⁶⁴

En consecuencia, el Art. 14 incluye el derecho de acceso a los tribunales⁶⁵ *in cases of determination of criminal charges and rights and obligations in a suit at law / en los casos en que se trata de determinar cargos penales, así como también derechos y obligaciones en un procedimiento judicial*⁶⁶. Sobre este aspecto, el Comité subraya la exigencia de su garantía efectiva, con el fin de no negar el derecho individual a exigir justicia.⁶⁷ Titular de este derecho es toda persona que esté sujeta a la jurisdicción o que se encuentre en el territorio de un Estado Parte.

El Comité, como explicitado en el párrafo 9 del GC/32, admite limitaciones en el disfrute del mismo, si bien estas tengan que fundarse en elementos

63. Cfr. Decisión del Comité sobre la admisibilidad en el asunto *Peterer v. Austria*, par. 9.2, doc. CCPR/C/81/D/1015/2001 del 20/08/2004. En otra decisión rendida en la misma época, el Comité afirmó que "[...] bien que le Pacte n'exige pas que les procédures d'extradition aient un caractère judiciaire, [...] dans les cas où, comme en l'espèce, la décision relative à l'extradition appartient au pouvoir judiciaire, celui-ci doit respecter les principes d'impartialité, d'équité et d'égalité consacrés au paragraphe 1 de l'article 14 [...]", cfr. CCPR/C/81/D/961/2000, asunto *Everett v. Spain*, decisión sobre la admisibilidad del 26/08/2004, párr. 6.4. Cabe sin embargo señalar una "disonancia" entre la citada orientación del Comité y la dirección seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la noción autónoma de tribunal. Este último no concentra su atención en la naturaleza de la autoridad competente en la materia objeto del asunto, si no que se hace cargo de verificar caso por caso que esta misma autoridad responda a las garantías establecidas en el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales. En el histórico caso *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que "par 'tribunal', l'article 6 § 1 n'entend pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays (...)", § 76, Arrêt del 28/06/1984, serie A.80.

64. Así el párr. 8 del GC/32.

65. Esta garantía ha sido explicitada por el Comité, por ejemplo, en el asunto *Oló Bahamonde v. Equatorial Guinea*, comunicación n. 468/1991, donde afirmó que "[...] la notion d'égalité devant les tribunaux et cours de justice englobe l'accès même à la justice et qu'une situation dans laquelle les tentatives d'un particulier pour saisir les juridictions compétentes de ses griefs sont systématiquement contrecarrées est contraire aux garanties prévues au paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte [...]", cfr. la decisión rendida el 10/11/1993, doc. CCPR/C/49/D/468/1991, párr. 9.4.

66. Así los apartados I-III del párrafo 9 del GC/32 del Comité, en ambas versiones lingüísticas. Nótese como en la versión inglés se haga referencia al término genérico "cases", mientras que en la española se pueda leer la referencia a "un 'procedimiento judicial'".

67. Siempre GC/32, párr. 9, apartados n. III-V.

de derecho y justificarse *on objective and reasonable grounds*, así como tomarse en pleno respeto del principio de no discriminación.⁶⁸

Sin embargo y aunque sólo en la parte III de la Observación General 32 dedicada a la definición de las nociones autónomas de "materia civil", "materia penal" y "tribunal", el Comité afirma que el derecho de acceso a un tribunal garantizado por el párrafo primero, primera frase del Art. 14, no puede someterse a ninguna limitación cuando objeto de la causa sea la formulación de una acusación en materia penal.⁶⁹

El Comité reconduce al derecho a la igualdad ante los tribunales el derecho a la asistencia legal gratuita.^{70 71}

68. Véase todavía el párrafo 9.4 de la decisión rendida en el asunto n. 468/1991; véanse también las conclusiones rendidas por el Comité el 31/10/1988 en el asunto *Alto del Avellanar v. Perú*, Comunicación n. 202/1986, doc. CCPR/C/34/D/202/1986, *in specie* par. 10.2.

69. Cfr. párr. 18 del GC/32.

70. Cfr. párr. 10 del GC/32, donde la extensión del ámbito de aplicación está presentada a los Estados Partes en términos exhortativos. Aplicando una especie de "principio de paralelismo" en nuestra análisis, queremos una vez más referirnos a la dirección adoptada por el Tribunal Europeo a ese respecto. El Tribunal Europeo, de hecho, siguiendo un razonamiento muy similar al del Comité, define el derecho al patrocinio gratuito como elemento constitutivo de la efectividad del derecho al juez, individuando su efectivo respeto tanto en la atribución de una ayuda financiera, así como en la asignación de una asistencia legal. Sin embargo, en su primera orientación el Tribunal reconoció estas garantías solo cuando el procedimiento previese la asistencia legal obligatoria extendiendo su aplicación a todo tipo de procedimiento sólo en un segundo momento, véase la sentencia dictada en el caso *Imbroscio c. Suisse* del 24/11/1993, serie A.276.

71. En particular, en su decisión rendida el 31/03/1994 en el asunto *Curie v. Jamaica*, comunicación n. 377/1989, el Comité ha afirmado que "[...] si un condamné souhaitant faire réexaminer par la cour constitutionnelle des irrégularités constatées au cours d'un procès au pénal ne dispose pas de moyens suffisants pour faire face aux dépenses qu'implique une telle procédure, l'État devrait lui fournir une assistance judiciaire. En l'espèce, l'absence d'une aide judiciaire a privé l'auteur de la possibilité de faire entendre équitablement sa cause à la cour constitutionnelle en vue de vérifier la régularité de son procès [...]", concluyendo por la violación del Art. 14.1 (doc. CCPR/C/50/D/377/1989, par. 13.4). El Comité ha llegado a esta misma conclusión también en el asunto *Shaw v. Jamaica*, comunicación n. 704/1996, en particular párr. 7.6 de la decisión rendida el 04/06/1998, doc. CCPR/C/62/D/704/1996. El año siguiente, en la decisión rendida el 10/02/1999 en el asunto *Henry v. Trinidad and Tobago*, comunicación n. 752/1997, el Comité sostuvo que "[...] bien que le paragraphe 1 de l'article 14 n'impose pas expressément aux États parties l'obligation de fournir une assistance judiciaire dans le cas des procès qui ne mettent pas en jeu une infraction pénale, il impose aux États l'obligation de veiller à ce que toutes les personnes aient accès dans des conditions d'égalité aux cours de justice et aux tribunaux [...]", cfr. par. 7.6, doc. CCPR/C/64/D/752/1997. En el asunto *Kennedy v. Trinidad and Tobago*, comunicación n. 845/1998, el Comité concluyó por la violación del párrafo 1 del Art. 14 teniendo en cuenta la obligación de los Estados Partes de garantizar un remedio efectivo tal y como establecida en el párr. 3 del Art. 2 del Pacto; cfr. párr. 7.10 de esta misma decisión rendida en 2002.

El derecho a la igualdad incluye también el derecho a la igualdad de medios procesales ⁷².

A este respeto y siguiendo al Comité en su razonamiento, el derecho de interponer apelación contra una decisión judicial no constituiría parte del derecho de acceso al juez, sino que sería constitutivo del derecho a la igualdad de los medios procesales, este último parte del más amplio derecho a la igualdad ante los tribunales ⁷³.

El principio de igualdad de las partes subyacente al derecho a la igualdad de los medios procesales encuentra aplicación también en la materia civil ⁷⁴.

En la última parte del párrafo 13 del GC/32, el Comité resume el principio en los siguientes términos:

"The principle of equality between parties [...] demands, inter alia, that each side be given the opportunity to contest all the arguments and evidence adduced by the other party. In exceptional cases, it also might require that the free assistance of an interpreter be provided where otherwise an indigent could not participate in the proceedings on equal terms or witnesses produced by it be examined" ⁷⁵.

72. Según el texto inglés del GC/32: "The right to equality before courts and tribunals also ensure equality of arms." En el español: "El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza también la igualdad de medios procesales", cfr. párr. 13, I apartado.

73. El Comité limita expresamente el derecho de acceso a un tribunal a los procedimientos de primera instancia en el párr. 12, cuyo examen conjunto con el Art. 13 del GC/32 nos lleva a la conclusión citada. A título de ejemplo, en su decisión rendida el 15/05/2003 en el asunto *Weiss v. Austria*, comunicación n. 1086/2002, el Comité afirmó que en el caso en cuestión "[...] the author's extradition in breach of a stay issued by the Administrative Court and his inability to appeal an adverse decision of the Upper Regional Court, while the Prosecutor was so able, amount to a violation of the author's right under article 14, paragraph 1, to equality before the courts, taken together with the right to an effective and enforceable remedy under article 2, paragraph 3, of the Covenant", cfr. párr. 9.6 de la decisión.

74. En el asunto *Jansen-Gielen v. The Netherlands* del 14/05/2001, comunicación n. 846/1999, el Comité concluyó por la violación del par. 1 del Art. 14 del Pacto porque en el caso específico las partes no habían podido reproducir en juicio las pruebas necesarias *aux fins d'audition à armes égales*, cfr. en particular párr. 8.2. Para la aplicación del principio en la materia penal, véase la decisión rendida el 04/04/1989 en respuesta a la comunicación n. 223/1987, donde el Comité declaró la violación del Art. 14 par. 1, en cuanto el Presidente del tribunal no había concedido un reenvío de la audiencia con el fin de permitir al acusado de beneficiar de un defensor, no obstante precedentemente hubiese permitido varias suspensiones para permitir al procurador de encontrar los testigos a su cargo, cfr. de forma particular el par. 10.4 del doc. CCPR/C/35/D/223/1987.

75. En su traducción en español: "El principio de igualdad entre las partes [...] exige, entre otras cosas, que se otorgue a cada parte la oportunidad de oponerse a todos los argumentos y pruebas presentados por la otra parte. En casos excepcionales, también puede exigir que se ofrezca gratuitamente la asistencia de un intérprete en los casos en que, sin él, una parte desprovista de medios no pueda participar en el proceso en pie de igualdad y no puedan ser interrogados los testigos presentados por ella."

En resumen, el derecho a la igualdad ante los tribunales incorpora en sí mismo el derecho de acceso al juez así como el derecho a la igualdad de medios procesales, cuya efectiva garantía pertenece a los Estados Partes y cuya titularidad pertenece a toda persona que este bajo la jurisdicción o simplemente se encuentre en el territorio de uno de ellos.

Los límites tanto en el ejercicio como en la garantía del derecho de acceso deben fundarse en razones objetivas, respetando el principio de no discriminación.

Por lo que se refiere al derecho a la igualdad de los medios procesales, del que forma parte el derecho de proponer apelación en contra de toda decisión rendida en justicia, su fundamento básico se encuentra en el principio de la igualdad de armas.

En fin, podemos añadir que tanto el texto inglés de la disposición como su traducción oficial al español no ofrecen una visión clara de la portata y aplicación de dichas garantías en las fases que preceden la instauración del proceso.

2. Las garantías "constitutivas" de la noción de tribunal: competencia, imparcialidad, independencia

La parte tercera de la OG/32 está dedicada al derecho a una audiencia pública ante un tribunal competente, independiente e imparcial ⁷⁶. A este respeto merece la pena subrayar que el Comité recurre a la utilización de nociones autónomas, bien que no las define expresamente como tales, cuando se concentra en la aplicación *ratione materiae* de dichas garantías, en particular en la hora de delimitar las nociones de materia civil y de materia penal y su respectiva aplicación.

Una vez más, el Comité toma drásticamente las distancias de su propia opinión expresada en la precedente observación general de 1984, llegando a dictar las líneas generales a lo largo de las cuales delimitar la aplicación de las garantías contenidas en el segundo apartado del primer párrafo del Art. 14 del Pacto, tanto en la materia penal como en la materia civil ⁷⁷.

Por lo que se refiere a la materia penal, el Comité marca una distinción muy importante. Aún admitiendo que en principio la determinación de una

76. El texto inglés se refiere a "the right to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law"; mientras que su traducción en español pone el acento en "el derecho a una audiencia pública y con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley", cfr. I considerando del párrafo 15 del CCPR/C/GC/32.

77. Véase cuanto anticipado *supra*.

acusación penal tenga que hacerse teniendo en cuenta su equivalencia con todo acto que en el derecho interno de un Estado Parte sea considerado punible, sin embargo y basándose en su propia jurisprudencia⁷⁸, el Comité pone en evidencia como dicha noción pueda abarcar acciones que sean substancialmente de naturaleza penal por su fin, su carácter y la gravedad de las sanciones que a ellas se puedan reconducir⁷⁹.

Por ello, se desprende una asunción de competencia por parte del Comité en la definición y en la individuación *case by case* de la noción de acusación en materia penal, de forma independiente de la calificación que esta pueda tener en el derecho interno del Estado Parte interesado.

Mayores dudas, por otro lado, provoca la definición del concepto de "derechos y obligaciones de carácter civil".

Como ya hemos tenido modo de recordar⁸⁰, las dificultades en la limitación del ámbito de aplicación del Art. 14, párr. 1 ya existían en sede de trabajos preparatorios, a los que el mismo Comité hace referencia en el párrafo 16 del GC/32 con el fin de justificar la naturaleza compleja del concepto, de la tarea de encontrar una específica y clara definición, así como un núcleo central común a todas las versiones lingüísticas.

Si bien en un primer momento el Comité hubiese recurrido a una interpretación literal del texto de la disposición, sin embargo termina prefiriendo una interpretación teleológico-funcional, cuando afirma que el concepto de "derechos y obligaciones de carácter civil" *is based on the nature of the right in question rather than on the status of one of the parties or the particular forum provided by domestic legal systems for the determination of particular rights*⁸¹. Además, el Comité ya había tenido ocasión de formular esta noción

78. Consúltase una vez más la comunicación n. 1015/2001, asunto *Peterer v. Austria*, cit.

79. Cfr. apartados V-VIII del párr. 15 del GC/32. Sin embargo y de forma contraria al Tribunal Europeo, el Comité no hará mención explícita a la necesidad de adoptar nociones autónomas para garantizar el objeto y el fin del Pacto. Véase por ejemplo, la histórica sentencia dictada en el caso *Engel et al. c. Pays-Bas (Cour Plénière)*, del 08/06/1976, serie A.22, a propósito del carácter autónomo de la definición de "acusación en materia penal".

80. Por lo que se refiere a la formulación literal del texto del Art. 14, par. 1 y a la equiparación entre las diferentes versiones lingüísticas, considérese la opinión positiva expresada por el Comité en su decisión de 08/04/1986 relativa al asunto *Y. L. v. Canada*, comunicación n. 112/1981, en particular en la última frase del par. 9.1.

81. Así los apartados V-VIII del párr. 16 del GC/32, cuya traducción oficial en español prevé que "el concepto de "derechos u obligaciones de carácter civil" [...] se basa en la naturaleza del derecho de que se trata, más que en la condición jurídica de una de las partes o en el foro que señalan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales para la determinación de derechos específicos."

en su decisión relativa al asunto *Y. L. v. Canada*⁸², así como en la decisión relativa al ya mencionado asunto *Perterer v. Austria*.

Es evidente que la adopción de una símil directriz interpretativa sea significativa de la competencia del Comité a evaluar, siempre caso por caso y en plena autonomía, cuales sean *the procedures / los procedimientos* que puedan reconducirse a la noción de "derechos y obligaciones de carácter civil"⁸³. A título de ejemplo, el Comité extendió la noción a todos aquellos procedimientos de naturaleza administrativa, como la cesación de las funciones por razones de carácter no disciplinario de los funcionarios públicos. De hecho afirmó que, habiendo claro que, [...] *la notion de "droits et obligations de caractère civil" [...] est fondée sur la nature du droit plutôt que sur le statut de l'une des parties [...] une procédure de révocation constituait bien une contestation sur les droits et obligations de caractère civil* [...] ⁸⁴.

Por lo contrario, en la decisión adoptada en el asunto *Kolanowski v. Poland*⁸⁵, el Comité no estimó admisible la petición de un agente de policía polaco, en cuanto los procedimientos que el mismo había activado en contra del rechazo de su promoción no podían considerarse equivalentes a contentiosos sobre derechos y obligaciones de carácter civil.

Igualmente no adscribibles a la materia civil han sido considerados los procedimientos de nombramiento de los jueces⁸⁶, así como los de elección a miembro del Consejo Superior de la Magistratura⁸⁷. Además, según el Comité no pertenecen a la materia civil los procedimientos de expulsión, por-

82. Cfr. particularmente par. 9.2 de la decisión, cit.

83. Es lo que ha afirmado el mismo Comité en la parte conclusiva del párr. 16 de la OG/32.

84. Cfr. el párr. 5.2 de la decisión sobre la admisibilidad del 10/08/1994 en el asunto *Casanovas v. France*, comunicación n. 441/1990.

85. Cfr. decisión sobre la admisibilidad del 18/09/2003, comunicación n. 837/1998, en particular párr. 6.4.

86. Fundándose en esta orientación, el Comité concluyó por la non admisibilidad en la decisión del 19/09/2003, relativa al asunto *Kazantis v. Cyprus*, comunicación n. 972/2001, doc. CCPR/C/78/D/972/2001, *in specie* párr. 6.5.

87. Cfr. la decisión sobre admisibilidad del 22/11/2005, en el caso *Rivera Fernández v. Spain*, comunicación n. 1396/2005, doc. CCPR/C/85/D/1396/2005, en particular párr. 6.3. Sin embargo, hay que subrayar que esta misma decisión prevé en su párrafo 6.2 importantes menciones al enderezo jurisprudencial adoptado por la Comisión Europea de Derechos Humanos y por el Tribunal Europeo por lo que se refiere a la individuación de los criterios básicos para establecer la admisibilidad de un asunto. Además y premitiendo que "[...] la Cour Européenne ne s'est pas contentée d'examiner des critères de recevabilité portant purement sur la forme [...]", el Comité sostuvo la necesidad de tener que aplicar los mismos criterios de evaluación, mas alla del campo de aplicación de la disposición del caso bajo examen (tratábase del derecho a la libertad de asociación, garantizado respectivamente por el Art. 14 del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales y por el Art. 26 del PIDCP).

que forman parte de aquellos actos por los que se expresa la fuerza pública del Estado y que tienen el fin de garantizar la seguridad nacional⁸⁸. Las mismas consideraciones han sido aportadas con respeto a los procedimientos de extradición⁸⁹.

Aunque no podamos concluir por una adopción homogénea y una uniforme aplicación de ambas nociones autónomas de “derechos y obligaciones de carácter civil” y de “acusación en materia penal”, sin embargo sí podemos afirmar que en ambos casos hemos asistido a un cambio, quizás, radical de orientación por parte del Comité. Prefiriendo gradualmente una interpretación teleológico-funcional a una literal de las disposiciones del Pacto y del artículo 14.1 en particular, el Comité ha inaugurado una nueva temporada en la que ha ido individuando unas nociones autónomas básicas no solo respeto al ámbito de aplicación de las garantías contenidas en el mismo artículo, si no que también respeto a la definición de “tribunal”.

Por este último debe entenderse:

“[A] body, regardless of its denomination, that is established by law, is independent of the executive and legislative branches of government or enjoys in specific cases judicial independence in deciding legal matters in proceedings that are judicial in nature”⁹⁰.

En consecuencia, cualquier contestación en material penal, así que toda determinación de derechos y obligaciones de carácter civil tendrá que ser objeto del juicio pronunciado por un tribunal conforme a las previsiones de dicha disposición⁹¹.

Las garantías reconducibles a la noción de tribunal, es decir competencia, independencia e imparcialidad se consideran como un derecho individual absoluto, cuyo disfrute no admite ninguna excepción⁹².

88. Cfr. la decisión adoptada el 22/03/2007 en el asunto *Ernst Zundel v. Canada*, comunicación n. 1341/2005, en particular secciones 10-15 del párr. 6.8.

89. Cfr. la decisión adoptada el 19/04/2007 en el asunto *Espósito v. Spain*, comunicación n. 1359/2005, doc. CCPR/C/89/D/1359/2005, en particular párr 7.6.

90. Cfr. apartados I-IV del pár 18 del GC/32. En el texto en español: “La noción de “tribunal” [...] se refiere a un órgano, cualquiera sea su denominación, creado por ley, independiente de los poderes ejecutivo y legislativo, o que goza en casos específicos de independencia judicial al decidir cuestiones jurídicas en actuaciones de carácter judicial.”

91. *Ibidem.*, par. 18.

92. Cfr. el primer apartado del pár 19 del GC/32. Véase también la decisión adoptada el 06/11/1990 en el asunto *González del Río v. Perú*, comunicación n. 263/1987, doc. CCPR/C/40/D/263/1987, en particular párr 5.2.

Según el Comité, pertenece a los Estados Partes la obligación de garantizar los requisitos de independencia de toda interferencia política, empezando por los procedimientos de nombramiento, transferencia, suspensión y cesación de funciones y asignación de cargos dirigenciales⁹³, a través de la adopción de medidas concretas, cuya naturaleza específica, pero, no ha sido objeto de atención por parte del Comité. Además, el estatus de los jueces tiene que ser garantizado por ley, como el Comité ha remarcado en el asunto *Pastukhov v. Belarus*, donde ha estimado la dimisión del cargo de juez de la Corte Constitucional por medio de decreto presidencial *an attack on the independence of the judiciary*⁹⁴.

Respeto al elemento básico de la imparcialidad, el Comité subraya dos elementos, al mismo tiempo constitutivos y complementarios. Por una parte se sitúa la obligación del juez de formular sus conclusiones en derecho sin algún prejuicio personal, así como de no dejar prevalecer en ningún momento y de ninguna manera los intereses de una de las partes en juicio.

En su decisión relativa al asunto *Karttunen v. Finland*⁹⁵, el Comité define la imparcialidad de la siguiente forma:

“The impartiality of the court and the publicity of proceedings are important aspects of the right to a fair trial within the meaning of article 14, paragraph 1. “Impartiality” of the court implies that judges must not harbour preconceptions about the matter put before them, and that they must not act in ways that promote the interests of one of the parties”⁹⁶.

La segunda faceta, digamos, del requisito de imparcialidad está estrictamente relacionada con la “aparición de justicia”, por lo que un tribunal tiene que aparecer imparcial a un observador razonable.

Todo órgano que sea competente a ejercer la función jurisdiccional, con independencia de su naturaleza, tiene que cumplir con el respeto de dichos requisitos.

93. Véase la decisión adoptada en el asunto *Oló Bahamonde v. Guinea Bissau*, cit.

94. Cfr. la decisión adoptada el 05/08/2003, comunicación n. 814/1998, en particular párr. 7.3; el Comité llega a una conclusión muy similar también en la decisión adoptada el 31/07/2003 en el asunto *Mundyo Busyo et al. v. Democratic Republic of Congo*, comunicación n. 933/2000, donde añade que la destitución de los jueces tiene que conformarse con los procedimientos establecidos por la ley (par. 5.2). En el caso bajo examen, de hecho, el juez que introdujo la petición había subido la destitución sin que se hubiese respetado el procedimiento delante del Consejo Judicial, establecido por ley. Por lo que se refiere a la definición de la noción de independencia del tribunal véanse párr. 19-20 del GC/32.

95. Decisión del 23/10/1992, comunicación n. 387/1989.

96. *Ibidem*, pár 7.2.

Por ello, en los siguientes párrafos 22-24 de la OG/32, el Comité pasa a considerar unas formas de organización del sistema judicial a través de las cuales se ejerce la jurisdicción, empezando por los tribunales militares ⁹⁷ o especiales.

Como ya había anticipado en la primera parte de la Observación General, el Comité se limita a remarcar que la extensión de la competencia a juzgar civiles reconocidas a los tribunales militares por algunos ordenamientos nacionales, aunque no esté expresamente prohibida por el Pacto, tiene que ejercerse en el pleno respeto de las garantías contenidas en el artículo 14 y concederse solo en los casos en los que *el Estado Parte pueda demostrar que el recurso a dichos tribunales es necesario y está justificado por motivos objetivos y serios, y que, por la categoría específica de los individuos y de las infracciones de que se trata, los tribunales civiles no están en condiciones de llevar adelante* [estos procesos] ⁹⁸.

Después de haber nuevamente subrayado el carácter very exceptional del enjuiciamiento de civiles por parte de tribunales militares y afirmado que estos procesos tengan que desarrollarse *under conditions which genuinely afford the full guarantees stipulated in article 14* ⁹⁹, en su decisión relativa al asunto *Madani vs. Argelia* ¹⁰⁰, el Comité recuerda que son los Estados Partes quienes tienen la obligación de demostrar la imposibilidad de llevar el caso ante el juez ordinario por incompetencia. A cargo de los Estados está también la obligación de demostrar que toda otra forma de organización de la jurisdicción no sea adecuada para decidir sobre el asunto y sobretodo en que forma los tribunales militares por ellos autorizados cumplan con el respeto de las garantías del artículo 14. En el asunto en cuestión, el Comité no validó la argumentación fundada en el propio derecho interno presentada por Argelia a justificación del recurso a estos tribunales. Desde allí se desprende que el Comité haya indirectamente dado lugar a una evaluación de la conformidad del derecho interno de Argelia con las obligaciones prescritas por el Art. 14, aún siendo el accertamiento de la violación el único objeto de su decisión.

97. Para una consideración global del tema, véase F. Andreu-Guzmán, *Fuero militar y derecho internacional*, Comisión Internacional de Juristas, Bogotá, 2003, en especial modo pag. 55 y siguientes.

98. Cfr. la última parte del pár 22 del GC/32. En el texto original en inglés: "Trials of civilians by military [...] courts should be [...] limited to cases where the State party can show that resorting to such trials is necessary and justified by objective and serious reasons, and where with regard to the specific class of individuals and offences at issue the regular civilian courts are unable to undertake the trials".

99. *Ib.*, párr 8.7.

100. Decisión adoptada por el Comité durante su 89º periodo de sesión, desde el 12 hacia 30 marzo de 2007, comunicación n. 1172/2003.

En su observación general el Comité se concentra a seguir sobre un tema particularmente delicado y siempre más actual, en consecuencia de la intensificación de las amenazas terroristas a nivel global. De hecho, el Comité pone en evidencia como en ciertos Estados Partes la adopción de medidas antiterrorismo haya integrado un igual número de violaciones del derecho a un juicio justo.

En particular, el Comité considera que el recurso frecuente a *tribunales sin rostro / faceless judges* ¹⁰¹, es decir a tribunales especiales integrados por jueces anónimos, por parte de ciertos países haya comportado en primer lugar la imposibilidad para el acusado de conocer la identidad y el estatus de los jueces, dando lugar a la violación del derecho a un juez preconstituido por ley.

En la realidad, el Comité, basándose sobre su propia jurisprudencia, ha llegado a concluir que esta forma de organización de la justicia *do not satisfy basic standards of fair trial and, in particular, the requirement that the tribunal must be independent and impartial*. De acuerdo con esta línea de razonamiento, un tribunal compuesto por jueces anónimos integraría la violación de la equidad del proceso en medida en la que la ausencia de las garantías implícitas en la misma noción de tribunal – que el Comité al mismo tiempo recuerda ser derechos individuales absolutos – prive de sentido la instauración misma del proceso.

Junto a estas violaciones que podríamos definir implícitas, el Comité ha acertado en varias ocasiones violaciones de derechos que constituyen la directa especificación del derecho a un juicio justo. Por ejemplo, en la decisión adoptada en el asunto *Becerra Barney vs. Colombia* ¹⁰² el Comité ha afirmado que la integración del colegio juzgante por parte de jueces anónimos privase al acusado del derecho a una audiencia pública y del derecho al contradictorio entre las partes, no habiendo tenido la oportunidad de presenciar a la audiencia, de presentar los argumentos a su descarga, ni de contrainterrogar los testigos a su carga.

Es interesante notar que en este caso el Comité, aún recordando que por que *the requirements of the right to defence guaranteed under article 14, paragraph 3, [...] all criminal proceedings must allow the accused the right to an oral hearing at which he or she can appear in person or be represented by legal counsel* [...] ¹⁰³, al final haya concluido por la violación genérica del derecho a un juicio justo celebrado en el artículo 14.

101. Cfr. párr. 23 de la OG/32.

102. Decisión adoptada durante el 87º periodo de sesión, 10 – 28 julio de 2006, Comunicación n. 1298/2004.

103. *Ib.*, párr. 7.2.

En la substancia, podríamos decir que el Comité, si bien en sus consideraciones en derecho haya relevado la violación de cada garantía a las que el principio del juicio justo es subyacente y en las cuales el mismo principio encuentra su substancia, haya optado por concluir que la ausencia de estas garantías haya dado lugar a la violación general del más amplio principio incluidos en el artículo 14.

El Comité ya había tenido ocasión de subrayar la incompatibilidad de los tribunales especiales con el Art. 14 del PIDCP y en particular con *a cardinal aspect of a fair trial*¹⁰⁴, es decir las garantías de independencia e imparcialidad del tribunal.

Sin embargo, mientras en el caso recién citado el Comité concluyó por la violación general, es decir en su conjunto, del derecho garantizado en el artículo 14, en el asunto *Polay Campos vs. Perú*, el Comité había utilizado una forma de acercarse, diríamos, mas sectorial en el acertar la violación, acertando la violación de cada una de las garantías prescritas en la disposición o que deriven de la misma y no, por lo contrario, la violación del derecho en su conjunto, por como garantizado en el artículo 14.

El Comité mantuvo esta posición también en su sucesiva decisión relativa al asunto *Gutiérrez Vicanco vs. Perú*¹⁰⁵, donde concluyo afirmando, *inter alia*, que *[i]n the system of trials with "faceless judges" neither the independence nor the impartiality of the judges is guaranteed, which contravenes the provisions of article 14.1 [...]*¹⁰⁶.

La toma en consideración de la existencia en varios Estados Partes de tribunales especiales, militares o fundados en el derecho consuetudinario o de matriz religiosa y de la incompatibilidad con las garantías establecidas en el Art. 14 ofrece al Comité la ocasión de remarcar firmemente la inderogabilidad de las mismas¹⁰⁷.

104. Cfr. la decisión adoptada por el Comité el 6/11/1997, en el asunto *Polay Campos vs. Perú*, Comunicación n. 577/1994, CCPR/C/61/D/577/1994, en particular párr 8.8.

105. Decisión del 26/03/2002, Comunicación n. 678/1996, CCPR/C/74/D/678/1996, en la que reenvía a sus mismas conclusiones dictadas en el asunto *Polay Campos vs. Perú*.

106. Cfr. pár 7.1 de la decisión. Sobre la incompatibilidad de los tribunales especiales y en particular de los tribunales militares integrados por jueces anónimos con las garantías establecidas por el artículo 14 véanse las decisiones adoptadas respectivamente en el asunto *Carranza Alegre vs. Perú*, Comunicación n. 1126/2002, en el asunto *Vargas Mas vs. Perú*, Comunicación n. 1058/2002 y en el asunto *Quispe Roque vs. Perú*, Comunicación n. 1125/2002 durante el 85° periodo de sesión, del 17 octubre al 3 noviembre de 2005. Elemento común a los tres asuntos es la exigencia que el derecho al contradictorio sea garantizado de forma efectiva, en cuanto constitutivo del carácter justo del proceso, más en detalle véanse respectivamente los párrafos 7.5, 6.4 y 7.3.

107. Cfr. párr. 24 de la OG/32, en particular en su parte conclusiva.

Aún no excluyendo, en principio, la admisibilidad de una organización de la justicia fundada en el derecho consuetudinario o en normas de naturaleza religiosa, el Comité reafirma que *debe velarse por que tales tribunales no estén facultados para dictar fallos vinculantes reconocibles por el Estado, a menos que [...] los procedimientos ante dichos tribunales se limiten a asuntos civiles y penales menores, que reúnan los requisitos básicos de un juicio imparcial y otras garantías pertinentes del Pacto, y que sus fallos sean validados por tribunales estatales y puedan ser recurridos por las partes interesadas en un proceso que cumpla lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto. Estos principios son válidos independientemente de la obligación general del Estado de proteger los derechos enunciados en el Pacto respecto de toda persona afectada por los procedimientos de los tribunales consuetudinarios y religiosos*¹⁰⁸.

Si no excluye su admisibilidad, el Comité: limita la competencia jurisdiccional de estos tribunales a los casos de menor impacto social; reconoce la obligación implícita de los Estados Partes de dotarse de un sistema judicial integrado, compuesto por tribunales ordinarios en grado de acertar eventuales errores *de facto* o *de iure*; y declara la existencia de una obligación de conformidad de los procesos antes estos tribunales especiales con el estandar de garantías establecido en el Art. 14 del Pacto.

El punto más interesante es que, afirmando que estos principios tienen que ser respetados siempre y en todo momento y prescindiendo de la obligación general de garantizar el respeto de los derechos resumidos en el Pacto, el Comité parece desvelar un núcleo inderogable de principios (y derechos) pronunciándose *in abstracto* con el fin de dar el justo peso a intereses igualmente tutelables, dejando por un momento su competencia a pronunciarse *in concreto* y caso por caso.

3. El Derecho a una Audiencia Pública e Imparcial

A la noción de *juicio con las debidas garantías / notion of fair trial*¹⁰⁹ se

108. Así el párrafo 24 de la OG/32 en su versión en español. Según el texto inglés: "[...] It must be ensured that such courts cannot hand down binding judgements recognized by the State, unless the [...] proceedings before such courts are limited to minor civil and criminal matters, meet the basic requirements of fair trial and other relevant guarantees of the Covenant, and their judgements are validated by State courts in light of the guarantees set out in the Covenant and can be challenged by the parties concerned in a procedure meeting the requirements of article 14 of the Covenant. These principles are notwithstanding the general obligation of the State to protect the rights under the Covenant of any persons affected by the operation of customary and religious courts."

109. Cfr. párr. 25 de la OG/32 respectivamente en el texto en español y en inglés.

refiere implícitamente la garantía del derecho a una audiencia pública e imparcial. Un proceso puede decirse equitativo o justo, si se conduce en la total ausencia de toda influencia, presión u amenaza.

En su decisión adoptada en el caso *Gridin vs. Russian Federation*¹¹⁰, por ejemplo, el Comité acertó la violación del Art. 14.1 en cuanto la Suprema Corte ante la cual se desarrollaba el debate no se había demostrado a la altura de controlar las hostilidades y las presiones en la sala de audiencia, volviéndose *de facto* imposible por el acusado presentar los argumentos en su defensa¹¹¹.

Según el Comité, la publicidad de la audiencia es una garantía de transparencia no solo por el individuo, si no que también por la sociedad en su conjunto; por ello, reconoce la obligación de los mismos tribunales de facilitar el acceso del público a las informaciones relativas al desarrollo de la fase oral de cada proceso, así como de disponer de los medios adecuados que le permitan participar dentro de límites razonables¹¹².

Respeto a la definición de “límites razonables” a la publicidad del debate, el Comité ha optado por una interpretación in concreto, definiendo en el mismo tiempo los criterios a considerar en la evaluación y en la fijación de los mismos.

En el asunto *Van Meurs vs. The Netherlands*¹¹³, el Comité, por ejemplo, declaró que los límites razonables a la publicidad de la audiencia y en particular del debate tienen que tener en cuenta [...] *the potential public interest in the case, the duration of the oral hearing y que the time of the formal request for publicity has been made*¹¹⁴. En todo caso, el Comité excluye todo límite a la publicidad de la audiencia¹¹⁵ que no esté expresamente previsto en el párrafo 1 del Art. 14, dando prevalencia a una orientación fundada esta vez en una interpretación más literal de la disposición del que resume el carácter excepcional¹¹⁶.

110. Decisión del 20/07/2000, Comunicación n. 770/1997, CCPR/C/69/D/770/1997.

111. *Ib.*, párrafo 8.2.

112. Cfr. párr. 28 de la OG/32.

113. Decisión del 13/07/1990, Comunicación n. 215/1986.

114. *Ib.*, párrafo 6.2.

115. Es importante notar como ambos textos, el español y el inglés, se refieren indistintamente a la publicidad ahora de la audiencia, ahora bien a la del debate, ahora a la fase de pronunciamiento de la sentencia, ahora bien al más genérico “juicio”. Sin embargo, podemos concluir de acuerdo con la lectura conjunta de los párrafos 25, 28 e 29 de la OG/32 que el derecho a que la audiencia sea pública abarca, según el Comité, toda fase del proceso.

116. En el párrafo 29 de la OG/32, de hecho, el Comité afirma que “[a]part from such exceptional circumstances, a hearing must be open to the general public, including members of the media, and must not, for instance, be limited to a particular category of persons [...]”.

Ha observado además que, en el marco de estos límites *la sentencia, con la inclusión de las conclusiones esenciales, las pruebas clave y los fundamentos jurídicos, se deberá hacer pública, excepto cuando el interés de menores de edad exija lo contrario, o en los procedimientos referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores*¹¹⁷.

Implícito en el derecho a una audiencia pública e imparcial, el elemento de la celeridad representa un *carácter importante / an important aspect*¹¹⁸. No obstante el Comité precise que la disposición contenida al Art. 14 no afronte el tema de la excesiva duración de los procesos civiles, previendo por otro lado una referencia expresa¹¹⁹ a los procedimientos¹²⁰ penales, sin embargo estima que los atrasos en los procedimientos civiles que no sean reconducibles a la complejidad del asunto o al comportamiento de las partes, sean incompatibles con la garantía de imparcialidad a la que los mismos tienen que conformarse, así como con el más amplio principio general expresado por el párrafo primero del artículo 14.

Una vez más, el Comité parece implícitamente definir las garantías contenidas en los siguientes párrafos del mismo artículo 14 como una explicitación del principio general incluido en el párrafo primero.

En su decisión relativa al asunto *Muñoz vs. Perú*¹²¹, por último, el Comité ha afirmado que *[w]ith respect to the requirement of a fair hearing as stipulated in article 14 paragraph 1, [...] [this] concept necessarily entails that justice be rendered without undue delay*¹²², reforzando todavía más el significado de “justicia”.

NOTAS CONCLUSIVAS.

“La sociedad [internacional] contemporánea reconoce que todo ser huma-

117. Así se lee en la última parte del párrafo 29 en el texto en español. En el texto inglés: “Even in cases in which the public is excluded from the trial, the judgment, including the essential findings, evidence and legal reasoning must be made public, except where the interest of juvenile persons otherwise requires, or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.”

118. Cfr. párr. 27 de la OG/32.

119. Cfr. artículo 14, párrafo 3, letra c) del PIDCP.

120. El texto inglés y el español de la OG/32 hacen respectivamente referencia a la razonable duración de los *criminal proceedings* y de los *procedimientos penales*, donde se resume fácilmente que el disfrute de este derecho tiene que garantizarse desde las fases que preceden la instauración del proceso, cfr. párr 27 de la OG/32.

121. Decisión del 04/11/1988, Comunicación n. 203/1986.

122. *Ib.*, párrafo 11.3. Véase además la decisión adoptada en el asunto *Fei vs. Colombia*, del 18/03/1994, Comunicación n. 514/1992, CCPR/C/50/D/514/1992.

no, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado [...]”¹²³. El reconocimiento de la centralidad de la persona humana en cuanto titular de derechos y la garantía de los mismos por parte de tratados internacionales y normas consuetudinarias que imponen la obligación a los Estados de respetarlos y garantizarlos, son expresión de la evolución estructural del ordenamiento internacional. Sin embargo, la formulación muchas veces genérica o vaga de las disposiciones normativas, como de su alcance substantivo, puede a menudo dificultar su aplicación efectiva. Y esto es todavía más cierto con respecto al ordenamiento internacional.

Por ello, “[e]l papel del intérprete ha de ser el de determinar el contenido [y el alcance] de [las] obligaciones [de los Estados]”¹²⁴, así como desvelar los elementos substantivos de los derechos protegidos. Es el papel desarrollado por el Comité de Derechos Humanos en la hora de interpretar el artículo 14 del PDCP y de especial manera el párrafo primero, que engloba el principio del juicio justo. Desvelando los derechos fundamentales que de ello derivan, el Comité ha sin duda contribuido a la consolidación de dicho principio y del más amplio principio de la protección de los derechos humanos. En el mismo tiempo y aunque carezca de poder sancionatorio/coercitivo, podríamos concluir que el Comité “[...] has managed to position itself as a tribunal and retain independence from the parties [...]. As a result, it [has been] able to provide useful information to international community”¹²⁵.

123. P.Nikken, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, Vol. 52, pp. 55-140, in specie pp. 55-57.

124. *Ibidem*, p.115.

125. A. T. Guzman, “International Tribunals: A Rational Choice Analysis”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 157, 2008, pp. 171-235, in specie pp. 229-230.

DERECHO A LA CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE MÉXICO Y CHILE

Sergio Alejandro REA GRANADOS *

RESUMEN: En este artículo se analiza la importancia y los retos de la constitucionalización de los derechos a la consulta previa y la participación de los pueblos indígenas en los casos de México y Chile.

Palabras claves: Derechos de los pueblos indígenas, derecho a la consulta y participación y Estado democrático.

ABSTRACT: This article analyses the importance and challenges of rights to previous consultation and participation of indigenous peoples in the Constitution of Mexico and Chile.

KEY WORDS: Indigenous Law, right of consultation and participation, and democratic State.

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Derecho Internacional de los Pueblos Originarios. IV. Derecho Constitucional de los Pueblos Originarios. V. Importancia de los Derechos Diferenciados. VI. Derecho a la tierra, al territorio y a los recursos naturales. VII. Importancia del Derecho a la Consulta y Participación. VIII. Retos en la aplicación del derecho a la Consulta y Participación. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los pueblos originarios en las Américas han enfrentado diversas dificultades históricas, culturales y legales dentro de los parámetros de la vida del Estado liberal, quien difícilmente ha entendido sus dimensiones. Existen amplias razones históricas y estructurales documentadas para considerar que los pueblos indígenas en esta región han sido tradicionalmente víctimas de

Fecha de recepción del original: 31 de mayo de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 10 de junio de 2015.

* Doctorando en Derecho, Universidad de Chile, Master of Public and International Law, Universidad de Melbourne, Licenciado en Derecho, Universidad Iberoamericana.

los mayores abusos de sus derechos humanos. Primeramente, llevados a cabo por el poder colonial, posteriormente por los Estados independientes y actualmente por el Estado moderno; de igual forma y sin restar importancia, instituciones como la iglesia, las empresas multinacionales y demás corporaciones de la sociedad dominante ha tenido responsabilidad en toda clase de violaciones, desde el genocidio hasta la exclusión política y la discriminación social y económica.¹

Ante tal situación, a lo largo de la historia y con mayor énfasis en la última década, se han profundizado y reconocido derechos específicos de los pueblos indígenas en varios de los países latinoamericanos, particularmente en México y muy escasamente en Chile. A pesar de ello, estos pueblos continúan enfrentando obstáculos en los derechos conquistados, algunos de ellos alcanzados a través de ratificación de tratados internacionales, reformas constitucionales o incorporados en leyes secundarias, o bien, a través de políticas públicas adoptadas a instancias de directrices y recomendaciones hechas por organismos internacionales. De tal manera, dos de los derechos mayormente debatidos por los Estados son el derecho a la consulta y a la participación, los cuales representan un espacio de integración e interlocución entre los pueblos indígenas y el Estado moderno sobre temas que afectan el entorno de estas comunidades. A pesar que la consulta y la participación son principios fundamentales de un gobierno democrático y de desarrollo incluyente, para el sistema liberal estos derechos en muchas ocasiones son una práctica costosa, ineficiente e incluso del todo innecesaria.

Ante tal situación, este ensayo tiene por objeto analizar la constitucionalización del derecho a la consulta previa y participación de los pueblos indígenas en México y Chile, quienes ha ratificado el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169).² Por lo tanto, desde esta perspectiva, también, se pretende analizar la importancia que tiene el respetar y proteger estos derechos en ambos Estados y, además, visualizar los grandes obstáculos legales que enfrentan para una correcta implementación de estos derechos y de esta manera fortalecer el sistema constitucional democrático.

1. Stavenhagen, Rodolfo "Los derechos de los indígenas algunos problemas conceptuales" *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 43, México, (1992) p. 85.

2. Convenio No. 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en Ginebra, 76° sesión, Conferencia Internacional del Trabajo, (27 de junio de 1989), entró en vigor el 05 de septiembre de 1991.

II. ANTECEDENTES

Para introducir este tema, es necesario determinar lo que se ha de entender por pueblos originarios. Aunque en la actualidad no existe una definición universal que abarque a todos los pueblos originarios en el mundo, tal y como lo señala la Organización de Naciones Unidas,³ en el contexto histórico de América Latina podemos encontrar elementos comunes que pueden acercarnos a una definición, y en virtud de la cual podemos definir a los pueblos originarios como aquellos descendientes de las sociedades pre-coloniales que se desarrollan sobre el territorio en el que actualmente se ejerce soberanía y al que están ligados por una continuidad histórica.⁴ En un sentido práctico y tomado en cuenta a lo anterior podemos decir que son aquellos grupos que se identifican con los pueblos que habitaron antes de la conquista de América y continúan aún presentes.

Teniendo en cuenta esa precisión, el siguiente elemento característico de los pueblos originarios en América Latina es el planteamiento de los derechos humanos específicos de estos grupos, los cuales han sido el resultado de varias luchas históricas y del reconocimiento de la conceptualización de sus derechos específicos que responden a realidades históricas y estructurales de diversa índole.⁵ De esta manera podemos observar que en caso particular de México y Chile la consolidación de los derechos de los pueblos originarios ha pasado por diversas etapas que han impedido que los integrantes de estos grupos gocen plenamente de ellos o de su ejercicio. Por ejemplo, a partir de la segunda mitad de los noventa, parte de las energías constitucionales de la región se centraron en las formas de reconocimiento de los derechos indígenas, o de la diversidad étnica en general, dentro de las cartas fundamentales,⁶ sobre todo después del alzamiento en Chiapas del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) el mismo día en que entraba en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Este suceso marcó una tendencia en algunos países latinoamericanos a constitucionalizar los derechos de los pueblos indígenas, pero cada uno tomó en cuenta sus tiempos,

3. Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Nueva York, Enero 2004. PFII/2004/WS.1/3.

4. *Informe Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato (2001-2003)*, Segunda parte: Propuestas y Recomendaciones para un Nuevo Trato entre el Estado, los Pueblos Indígenas y la Sociedad Chilena, p. 583.

5. Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, nota 1, p. 87.

6. González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

variantes y circunstancias locales.⁷ De esta manera recién comenzó a visualizarse la importancia del reconocimiento y la constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina sobre todo para cumplir con exigencias de reivindicación histórica.

Después de un largo camino, en el caso mexicano, en 2001, el poder legislativo modificó los artículos 1,⁸ 2,⁹ 4,¹⁰ 18¹¹ y 115¹² de la Constitución, lo cual tuvo como propósito avanzar en la nueva relación entre el Estado, los pueblos indígenas y la sociedad. Cabe señalar que a pesar que se han dado avances legislativos en esta materia, también es cierto que no siempre se hacen efectivas las leyes ni tampoco se observan los procedimientos judiciales. Los fac-

7. Carbonell, Miguel, "La Constitucionalización de los Derechos Indígenas en América Latina: Una Aproximación teórica". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No 108 (Septiembre-diciembre 2003), p. 1.

8. Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de junio de 2011.

9. Artículo 2o.- La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 14 de agosto de 2001.

10. Artículo 4o. Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 30 de abril de 2009.

11. Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán cumplir sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de junio de 2011.

12. Artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes: III. Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 14 de agosto de 2001.

tores que provocan estos problemas son diversos, tales como el desconocimiento de las normas, la discriminación, la implementación correcta, así como falta de normas secundarias que aseguren su total observancia.¹³

Por otro lado, en el caso chileno ni siquiera se ha reconocido a nivel constitucional la diversidad cultural ni se ha aceptado la multiculturalidad del Estado; es más, en el pasado ninguna Constitución chilena ha previsto siquiera la existencia de los pueblos indígenas. Lo ocurrido se debe a que desde un primer momento se impusieron, tanto en los ensayos constitucionales como en las constituciones propiamente tales, los principios jurídicos y políticos de la plena igualdad ante la ley y la unidad del Estado.¹⁴

III. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

Es importante consignar que esta temática posee un amplio análisis en el derecho internacional, en especial a raíz de una constante preocupación de la comunidad internacional por la situación de marginalización y vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos originarios. En este nivel y materia destacan especialmente los trabajos realizados por el Sistema de Naciones Unidas; además y sin restar importancia también sobresalen las labores realizadas por la Organización de Estados Americanos (OEA), quien también ha participado en el desarrollo progresivo de este tema, particularmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), quien ha se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre el derecho de los pueblos indígenas.

Dentro del sistema universal, en primer lugar cabe destacar, la Conferencia Internacional de Trabajo que, enfocada a encontrar soluciones al problema de la situación de discriminación y explotación de los pueblos indígenas, aprobó el Convenio 169, cuyo objetivo es respetar sus culturas y sus formas de vida, reconociendo sus derechos a las tierras y a los recursos naturales, así como también su derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo comunitario.¹⁵ De este modo, el

13. Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *La vigencia de los Derechos Indígenas en México: Análisis de las repercusiones jurídicas de la reforma constitucional federal sobre derechos y cultura indígena en la Estructura del Estado*, México, 2007, p. 3.

14. Prado, Maximiliano, "La cuestión indígena y las exigencias de su reconocimiento", *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Escuela de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, 3, Santiago (2003), p. 25.

15. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT: Comprender el Convenio sobre los indígenas y tribales, 1989 (número 169)*, Ginebra, 2013, p. 1.

Convenio 169 conforma un marco jurídico que promueve el involucramiento directo de los pueblos indígenas en los procesos de decisiones,¹⁶ tras establecer que ellos tienen el derecho a gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos, ni discriminación,¹⁷ y para ello la relevancia del derecho a la consulta previa y a la participación.

En relación con el derecho a la participación de los pueblos originarios, el Convenio 169 establece en el artículo 5 que los gobiernos deberán estimular por todos los medios posibles la participación de las poblaciones indígenas en la instituciones electivas.¹⁸ Mientras, el artículo 6 señala que los gobiernos deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población y en todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas, organismos administrativos y de cualquier otra índole que fueren responsables de políticas y programas que les conciernen.

Por otro lado, de acuerdo con el derecho internacional la decisión de ratificar un tratado internacional, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), es una decisión soberana y voluntaria de los Estados, y por lo tanto, una vez ratificado, los Estados Partes tienen la obligación de aplicarlo de buena fe,¹⁹ en la legislación y en las prácticas internas, y la de asegurar - entonces - que los pueblos indígenas sean consultados y puedan participar en los procesos electivos y en los programas que les conciernan. Esto, también, implica que los Estados deben revisar y adaptar la

16. Alba Arévalo, Amelia, "El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en derecho", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Núm. 76, p. 14.

17. Defensoría del Pueblo del Perú, "El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: el rol de los Ombudsmen en América Latina", *Memoria del Encuentro extraordinario de la Federación Iberoamericana de Ombudsmen*, (2013), p. 16.

18. Artículo 5º. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

19. El Art. 31 de la Convención de Viena de 1969 estipula: "Todo tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin". Además, es un principio de derecho internacional público, llamado *Pacta Sunt Servandae*, que significa que los Estados y demás personas de Derecho Internacional que puedan firmar Tratados, quedan obligados y deben cumplir de buena fe los Tratados que hayan celebrado en forma regular y que hayan entrado en vigor.

legislación, las políticas y los programas a lo estipulado en el Convenio y, de este modo, garantizar que se alcancen en la práctica los resultados previstos, incluyendo la eliminación de las diferencias socioeconómicas entre los sectores indígenas y no indígenas de la sociedad.²⁰

Sobre este asunto, en el caso chileno, los artículos 32 N° 17²¹ y 50 N° 1²² de la Constitución Política señalan que un tratado internacional se entiende incorporado cuando éste haya sido negociado y firmado por el Presidente de la República; posteriormente ratificado por el Congreso Nacional y finalmente promulgado y publicado en el Diario Oficial. En lo que respecta al Convenio 169 de la OIT, éste entró en vigencia en Chile el 15 de septiembre de 2009, el cual lo convierte en una norma obligatoria.

Paralelamente, en el caso mexicano, de acuerdo con los artículos 76 fracción I,²³ 89 fracción X,²⁴ y 133²⁵ de la Constitución, el proceso de incorpo-

20. OIT, *op. cit.*, nota 15, p. 5.

21. Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 17º. Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N°. 1º. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas si el Presidente de la República así lo exigiere.

22. Artículo 50. Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1º Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.

23. Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:

1. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso.

Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 12 de febrero de 2007.

24. Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiendo a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de junio de 2011.

25. Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

ración requiere que el instrumento del caso sea firmado por el Presidente de la República y posteriormente ratificado por el Senado. En el caso concreto del Convenio 169 de la OIT este entró en vigor el 3 de agosto de 1989, tras su publicación en el Diario Oficial de la Federación, el cual también lo convierte en obligatorio.

Otro instrumento internacional relevante para este ensayo es la resolución de Asamblea General de las Naciones Unidas que, en 2007, aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En ésta se establece un marco universal de estándares mínimos para la dignidad, bienestar y derechos de estas comunidades en el mundo.²⁶ Uno de los aspectos relevantes de este instrumento es que no sólo abarca derechos individuales, muchos de ellos anteriormente reconocidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales, sino que también reconoce derechos colectivos. Al respecto, una de las distinciones entre ambos radica en que los primeros son perfectamente ejercitables y aplicables de forma individual; mientras que los segundos, por ser de carácter social o político, requieren para ser puestos en práctica que se ejerciten de manera colectiva o mancomunada.²⁷ Adicionalmente, la Declaración sobre Pueblos Originarios también condena la discriminación contra los pueblos indígenas y promueve su plena y efectiva participación en todos los asuntos que les atañen. Además, les garantiza su derecho a la diferencia y al logro de sus propias prioridades en cuanto al desarrollo económico, social y cultural se refiere.²⁸

Si bien es cierto que Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es producto de un largo proceso de discusión y aprobación internacional, iniciado en los años 70, actualmente constituye un instrumento que marca una tendencia internacional, ya que en ámbito del derecho internacional ésta constituye solamente una norma no vinculante. De acuerdo con el derecho internacional público las resoluciones declarativas de derecho están constituidas por aquéllas pronunciadas por organizaciones internacionales en las que se contienen declaraciones u otros pronunciamientos generales cuyo

Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18 de enero de 1934.

26. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (en línea).

<http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/declaration.htm>

27. Gurutz, Jauregui, "¿Derechos Individuales o derechos colectivos?", *El País*, España, 12 de agosto de 1998.

28. *Idem*.

objeto principal consiste en confirmar la existencia de una norma consuetudinaria o de un principio general de derecho.²⁹ Si bien es cierto que de acuerdo a la naturaleza de estas disposiciones no son directamente vinculantes,³⁰ sí contribuyen notablemente a la consolidación de una costumbre o un principio de derecho internacional, estos últimos, muy relevantes para los derechos de los pueblos indígenas. En el caso mexicano de acuerdo con la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado, siempre y cuando cumplan con los supuestos mencionados.³¹ Por lo tanto, la Corte IDH en varias ocasiones ha interpretado el alcance y sentido de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y siguiendo con la jurisprudencia de la SCJN, la convierte en norma obligatoria para los jueces mexicanos, rompiendo con la tradición jurídica de ser una norma no vinculante para los Estados.

IV. DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

La primera condición para la existencia de una Constitución en sentido moderno, la garantía de los derechos, es la culminación del ideal del gobierno de las leyes después de su tránsito por el liberalismo.³² Una vez que los derechos naturales se incorporan en textos jurídicos, se transforman en derechos positivos.³³ En este sentido, los derechos fundamentales incorporados en una Constitución representan una frontera infranqueable para la voluntad del poder público,³⁴ quien estará impedido de transgredir los derechos reconocidos a todos sus gobernados. Esto incluye, por cierto, a todos los sujetos que se encuentran bajo su jurisdicción y entre ellos a las minorías, quienes también integran al Estado. De esta manera, surge el desafío normativo del problema de la integración del pluralismo nacional y étnico dentro de un Estado constitucional, una característica primordial de la sociedad contemporánea en su conjunto. Así, el reconocimiento de la multiculturalidad supone

32. Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, p. 85.

33. *Idem*.

34. *Idem*.

constatar la existencia de los pueblos indígenas, sus historias y sus culturas particulares, esto es, con identidades propias.³⁵ Posteriormente surge la necesidad de reconocer derechos esenciales para que éstos puedan desarrollarse y evolucionar como pueblo, de este modo surge la importancia de reconocer derechos como la consulta previa y la participación sobre asuntos que les afecte o les concierne.

En relación con la Constitución mexicana³⁶ pueden observarse varios artículos que rescatan los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT, entre ellos el derecho a las tierras, consulta y participación. Por ejemplo, el artículo 2º de la Constitución mexicana obliga a la federación, los estados y los municipios a consultar a los pueblos indígenas en la elaboración de sus respectivos planes de desarrollo; y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que ellos realicen.

Complementando a lo anterior, el artículo 26 apartado A³⁷ establece que el Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional, en la que el Ejecutivo está facultado a establecer los procedimientos de participación y consulta popular, los cuales incluyen también a los pueblos indígenas. Todo esto con la finalidad de elaborar el Plan Nacional de Desarrollo.

A pesar de este avance constitucional, es importante señalar que este derecho reconocido constitucionalmente se encuentra con varias limitantes, entre

35. Henríquez Viñas, Miriam Lorena, "Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente", ZÚÑIGA, Francisco (Coord.) *Reforma Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, 130.

36. Artículo 2º. de la Constitución Política de los Estados Mexicanos. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformado y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001.

37. Artículo 26. Apartado A. El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación...

La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo, determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución. El plan nacional de desarrollo considerará la continuidad y adaptaciones necesarias de la política nacional para el desarrollo industrial, con vertientes sectoriales y regionales. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, párrafo reformado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 05 de junio de 2013.

las que destacan. En primer lugar, que este derecho a la consulta sólo se refiere a temas relacionados al Plan Nacional de Desarrollo y no en todos aquellos temas que tengan por objeto limitar o vulnerar otros derechos reconocidos por la Constitución y otros instrumentos internacionales, sobre todo aquellos que los involucra o les afectan, tal como lo señala el Convenio 169.³⁸ Un ejemplo de ello podría ser cuando existe una amenaza o presión de destitución de sus tierras, territorios y recursos naturales para fines de explotación minera. En segundo lugar, estos artículos no señalan que el derecho a la consulta debe de regirse con los siguientes principios, es decir, de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de las políticas que los afecten, tal y como también lo establece el Convenio 169 y que analizaremos más adelante.

En tercer lugar, que no se establece el derecho a la participación, o al menos, el legislador lo entiendo como si se formara parte del derecho a la consulta. Sin embargo, el Convenio 169 hace una distinción de ambos conceptos debido a que ambos tienen consecuencias jurídicas diferentes.

En cuarto lugar, que el derecho a la consulta tampoco señala la relación que este derecho tenga con la reivindicación de las tierras, tal como lo establece la Convención N° 169. Al respecto, la Comisión de la OIT ha pedido al Estado mexicano que considere, en el derecho a la consulta con los pueblos indígenas, la posibilidad de establecer los procedimientos de reivindicación de tierras existentes para dar plena aplicación al artículo 14 del Convenio 169.³⁹

Por otro lado, en el caso chileno⁴⁰ podemos observar que a diferencia de la mayoría de las constituciones en América Latina, la Constitución continúa manteniendo silencio en el tema, toda vez que en ninguna de sus disposiciones contempla la diversidad étnica y cultural del Estado, tampoco reconoce

38. Los principios de consulta y participación en el Convenio N° 169 no se relacionan únicamente con proyectos de desarrollo específicos, sino con cuestiones más amplias de gobernanza, y la participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida pública. OIT, *Convenio 169 de la OIT*, (en línea) <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>

39. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe general y observaciones referidas a ciertos países*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, ILC.101/III/1ª, 101ª reunión, 2012, p. 1046.

40. La llamada "cuestión indígena" se ha planteado en los últimos quince años en Chile como un tema de real importancia, que, actualmente controvertido, no es nuevo. La forma abreviada de llamar a los aspectos conflictivos de la relación entre culturas e identidades distintas, complejas y al mismo tiempo interdependientes, que se juegan en dicha relación su continuidad —lo que se predica especialmente de los pueblos indígenas— y la incesante construcción de sus contornos. PRADO, Maximiliano, *op. cit.*, nota 13, p. 22.

los otros derechos de los pueblos indígenas, incluidos el derecho a la consulta previa y participación.⁴¹ Aunque hubo intentos de reforma constitucional sobre materia de reconocimiento de los pueblos originarios y otros derechos, muchos de ellos no prosperaron por diversos motivos. El primer proyecto de reforma a la Constitución de 1980 sobre la temática en cuestión fue presentado por el Presidente Aylwin. Éste contemplaba en el artículo 1º de la Carta un inciso final que señalaba: “El Estado velará por una adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena”.⁴² Sin embargo, la reforma constitucional no prosperó y este tema quedó en el olvido y no fue sino hasta 1999 cuando el Ejecutivo decidió presentar nuevamente un proyecto⁴³ de reforma constitucional al Congreso Nacional, votado en la Cámara de Diputados, pero, desafortunadamente, rechazado por no reunir el quórum exigido.⁴⁴ Posteriormente, en 2001 la Concertación de Partidos por la Democracia presentó un nuevo proyecto de reforma constitucional que consideraba la materia de derechos de los pueblos indígenas, el cual consistía en reformar tres artículos.⁴⁵ Luego de un largo debate en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sólo se aprobó un reconocimiento implícito de los pueblos indígenas en el artículo 1º,⁴⁶ a través de la mención constitucional como objeto de tutela del Estado con un marcado acento en la indivisibilidad de la nación chilena.⁴⁷ A pesar de estos esfuerzos, la reforma constitucional en donde se

41. Henríquez Viñas, *op. cit.*, nota 35, p. 133.

42. *Idem.*

43. La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, en esa oportunidad, acordó incorporar un inciso final al artículo 1º, de la Constitución, cuyo texto decía “El Estado reconoce a los pueblos indígenas los cuales integran la nación chilena. La Ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes mecanismos de participación en los asuntos que les competen, en iguales términos que a los demás sectores o grupos que conforman la nación chilena”.

44. Ribera, Teodoro, “Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional en Chile”. Comentarios de Carlos Peña, en Serie de documentos de trabajo, *Centro de Estudios Públicos*, No 343, Santiago, 2002, p. 10.

45. Artículo 1º. El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la nación chilena. Artículo 2. Agregase como inciso final al número 22 del artículo 62, como número 7º nuevo, el siguiente: Establecer sistemas de protección jurídica y beneficio o franquicias para el desarrollo de los pueblos indígenas.

46. Artículo 1º. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. Constitución Política de la República de Chile publicado en el *Diario Oficial* el 10 de enero de 2006.

47. Informe sobre la reforma a la Constitución Política de la República de 1980 de la Comisión de Constitución, *Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, 2001, pp. 29-54

reconozca la multiculturalidad y derechos específicos a los pueblos originarios sigue aún pendiente sin prioridad alguna. Sin embargo, para nosotros este tema debería ser prioritario, ya que en caso de aprobarse una reforma constitucional en el tema implicaría el afianzamiento de la democracia chilena que se reconocería como pluricultural y orientada a vencer las desigualdades sociales. Además, al considerar y amparar las reivindicaciones de las minorías indígenas como derechos fundamentales fortalecería la unidad nacional y paz social, tras vencer los reclamos sociales históricos que todavía perduran.⁴⁸

Sin embargo, ante la ausencia de reconocimiento constitucional de derechos de los pueblos indígenas y para cumplir parcialmente con sus obligaciones internacionales, el Estado chileno creó la Ley N° 19.253 o Ley Indígena,⁴⁹ la cual fue aprobada por el Congreso Nacional en 1993, y la cual contempla una serie de derechos mínimos con varias limitantes. Tres de estas restricciones son que al no encontrarse amparada por la Constitución de 1980, la ley es una norma inferior, y por lo tanto, no es vinculatoria a otras disposiciones jurídicas de igual o mayor jerarquía. Otra limitante es que tras ser una norma inferior imposibilita la observación de otros derechos específicos al considerarse que son contrarias a la Carta Fundamental. Por último, tras no estar reconocidos sus derechos constitucionalmente los pone aún más en una desventaja jurídica y socialmente a comparación del resto de la población, menoscabando la democracia y la participación incluyente en asuntos políticos del Estado.

Al respecto, Norberto Bobbio⁵⁰ ha señalado que una de las condiciones y reglas de la noción mínima de democracia es que las personas que están convocadas a decidir o a elegir a las personas que deberán tomar las decisiones tengan frente a ellas alternativas reales y se encuentren en condiciones para elegir entre una u otra. Para que esta condición sea satisfecha es necesario que los convocados a decidir tengan garantizados sus derechos a la libertad, de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, es decir, sus derechos fundamentales. Y, por lo tanto, que ninguna mayoría

48. Kymlicka, Will, *Ciudadanía Multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Ediciones Paidós, Barcelona, p.12.

49. Ley Indígena, fecha de publicación en el *Diario Oficial* 5 de octubre de 1993, Ministerio de Planificación y Cooperación.

50. Escritor, abogado y filósofo italiano, Norberto Bobbio está considerado como uno de los grandes analistas políticos del siglo veinte. Bobbio comenzó su carrera universitaria como profesor de Filosofía del derecho y pronto obtuvo un gran reconocimiento tanto en Italia como en el resto de Europa. Activo militante de la resistencia italiana durante la Segunda Guerra Mundial, pasó dos años encarcelado.

pueda privar a la minoría de tales derechos.⁵¹ Sin embargo, la realidad jurídica dista mucho de este argumento doctrinal, en primer lugar porque como lo mencionamos anteriormente existe una constante postergación de reconocimiento constitucional de los pueblos originarios y otros derechos en Chile. Además, pareciera ser que dentro de las prioridades de la agenda legislativa están aquellos temas que tienen que ver más con el cauce y consolidación del proyecto liberal, es decir, promover la creación de mercados y reducir la intervención estatal sin incluir en la agenda legislativa los temas de aquellas poblaciones desfavorecidas en sus derechos. De esta manera podemos concluir que, constitucionalmente hablando, Chile carece de garantías fundamentales que reconozcan a los pueblos originarios, así como aquellas que garanticen la participación y consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas en las cuestiones relativas a medidas que afecten sus derechos, en particular el derecho a la propiedad comunal, sus territorios y los recursos naturales, los cuales han sido temas muy polémicos en este país.

Por todo lo anterior, y debido a la importancia que tiene el tema de contemplar derechos indígenas en la Constitución en Chile, el siguiente apartado tiene por objeto señalar algunos puntos a considerar.

V. IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS DIFERENCIADOS CONSTITUCIONALMENTE

En el debate constitucional sobre el multiculturalismo, una de las cuestiones principales es garantizar las diferencias y las identidades étnicas y culturales mediante esferas jurídicas particulares, distintas de aquellas que rigen para la generalidad de los habitantes de un Estado; o, por el contrario, enfrentar aquellos retos para que los derechos fundamentales sean efectivos y así se eliminen, en la medida de lo posible, las desigualdades tan importantes que tradicionalmente han sufrido las minorías, entre ellas, los pueblos indígenas.⁵²

Lo relevante de este argumento es que ciertos derechos son derechos diferenciados en función del grupo, esto es, porque los miembros de determinados grupos deben tener derechos referentes al territorio, a la lengua, a la representación, etc.

De este modo, el individualismo rechaza la idea que los grupos étnicos y nacionales tengan cualquier tipo de derechos colectivos. Así para el indivi-

51. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Trad. José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 15.

52. Carbonell, Miguel, "Constitucionalismo y multiculturalismo", *Derecho y Cultura*, No 13, México, (enero-abril 2004), p. 29.

dualismo, las colectividades no pueden ser sujetos de los derechos humanos.⁵³ De tal forma, los derechos individuales se derivan del interés de cada individuo en su libertad personal.

Contrario a dicho argumento, los colectivistas niegan que los intereses de una comunidad sean reductibles a los intereses de los miembros que la componen.⁵⁴ Es decir, los derechos colectivos se derivan del interés de cada comunidad para su propia conservación. Además, los derechos colectivos, en el caso de los pueblos originarios, son derechos históricos y por lo mismo, para algunos, imprescriptibles, no se extinguen por el paso del tiempo ni la subordinación política a la que puedan estar sometidos.⁵⁵

Atendida la diferencia sustancial de ambas posturas, se requiere construir un nuevo enfoque que responda a la necesidad de reconocer la importancia de ambas visiones en el campo del derecho constitucional, sobre todo porque existen ciertos derechos humanos individuales que solamente pueden ser ejercidos plenamente en forma colectiva, por ejemplo: los derechos políticos y económicos. En este sentido, se plantea la necesidad de reconocer constitucionalmente los derechos colectivos como mecanismos indispensables para la protección de los derechos individuales. Sobre todo para proteger el principio de la igualdad, referido al problema de la justicia distributiva, la cual tiene que ver primordialmente con la distribución de bienes públicos y los derechos que sirven para su protección.⁵⁶ Al respecto, este principio tiene la finalidad de poner en circunstancias similares a toda una población para que todos puedan disponer o ejercer libremente de sus bienes, derechos y libertades en las mismas condiciones. Sobre todo ante una situación de radical des-

53. Los derechos humanos son individualistas pues conciben al individuo como la unidad moral básica. Las entidades colectivas en las que nos integramos –aún siendo sumamente relevantes tanto de cara a la confirmación de nuestra identidad, como a la determinación de los medios necesarios para que podamos llevar a la práctica el objetivo de la autodeterminación individual – no tienen personalidad moral autónoma, no tienen identidad moral propia. Su existencia (moral) es reducible a la de los individuos que la integran. En definitiva, el individualismo del que estamos hablando supone que los bienes fundamentales en los que todos pensamos cuando hablamos de derechos humanos son bienes adscribibles a individuos, son bienes de los que disfrutan o de los que carecen los individuos. Por ello, las teorías de los derechos humanos conciben a éstos como derechos individuales, y no colectivos. Sólo los individuos son titulares de derechos humanos. González Amuchástegui, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía: La Teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2004, p. 28.

54. Kymlicka, Will, *op. cit.*, nota 48, p. 74.

55. González Galván, Jorge Alberto, "La validez del derecho indígena en el derecho nacional", *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México (2002), p. 41.

56. Vázquez Rodolfo, "Liberalismo igualitario y autonomía personal", *Ensayos Jurídicos en Memoria de José María Cajica Camacho*, Volumen II, Editorial Cajica, Puebla, 2002, p. 819.

ventaja económica y escasa estima social, en donde los individuos no están en capacidad de hacer uso de esas libertades.

La igualdad de libertades y derechos requiere de la igualdad de oportunidades, en consecuencia, este argumento no trata de crear mayor desigualdad sino al contrario, los derechos diferenciados apoyarían erradicar las desventajas que actualmente existen. En otras palabras, disposiciones constitucionales que se requieran para asegurar la igualdad efectiva entre los pueblos indígenas y todos los otros sectores de una sociedad determinada. Además, estos derechos diferenciados no tratan de otorgar privilegios especiales, sino más bien se trata de poner a los grupos menos favorecidos en una misma situación de condiciones con respecto al resto de la población.

VI. DERECHO A LA TIERRA, AL TERRITORIO Y A LOS RECURSOS NATURALES

Para comprender el tema del derecho a la consulta previa y participación de los pueblos originarios también se requiere hacer un análisis sobre el derecho a la tierra,⁵⁷ territorios⁵⁸ y recursos naturales,⁵⁹ los cuales mantienen una estrecha vinculación con éstos debido a la mencionada deuda histórica que enfrentan en la actualidad.

57. Entender la tierra como un derecho fundamental implica que ésta no puede ser tratada como un bien ordinario, controlado por los individuos y sujetos a las presiones e ineficiencias del mercado.

Naciones Unidas, Informe sobre la marcha de los trabajos presentados por el Sr. Rajindar Sachar, Relator especial, Comisión de Derechos Humanos, "El derecho a una vivienda adecuada", 22 de junio de 1993, Citado por Provea, 1997, Caracas, p. 10.

58. Es un concepto amplio que incluye no sólo los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso.

CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 160.

59. Los recursos naturales son sustancias que existen naturalmente en la Tierra. Los recursos naturales son valiosos para la manufactura de productos, la satisfacción de necesidades o comodidades humanas, y la provisión de servicios eco sistémicos que mantienen la salud de la biosfera. Los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo y hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre. Los recursos naturales renovables son aquellos que se reproducen o renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas, los árboles, el agua y el viento. Los recursos no renovables son irremplazables una vez han sido extraídos del agua o de la tierra, e incluyen el oro, la plata, los combustibles fósiles, los diamantes, el gas natural, el cobre y otros minerales.

CIDH, *Derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas jurisprudenciales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Doc. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, par 41.

En efecto, para los pueblos originarios la tierra, el territorio y los recursos naturales revisten una gran importancia porque les garantizan su supervivencia física, cultural, la de su propia identidad y la de su sistema económico. Por eso la idea de territorio no sólo implica un espacio físico, también incluye la geografía, el ambiente físico y los recursos naturales presentes en ellos como referentes o soportes principales de los demás bienes o productos sociales y culturales.⁶⁰ En este escenario, el concepto de territorio cobra un amplio significado que apela a distintas formas de representación que van desde la comunidad al territorio étnico o a los territorios ancestrales.⁶¹ Existe, en cambio, una gran diferencia entre la visión o concepto de tierras, territorio y recursos naturales de acuerdo con el mundo occidental,⁶² de la visión de éstos para los pueblos originarios.⁶³ Por ejemplo, para los pueblos originarios existe una tradición comunitaria sobre formas comunales de propiedad, en el sentido que la propiedad no está concentrada en un individuo sino en el grupo y su comunidad.⁶⁴ La idea de derechos colectivos implica también, de suyo, que para ejercerse, estos pueblos requieran vivir libremente en sus propios

60. Aylwin Oyarzún, José, *Derechos humanos de los pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, IWGIA, Chile, 2004, p. 97.

61. Zúñiga Gerardo, "La dimensión discursiva de las luchas étnicas. Acerca del artículo de María Teresa Sierra" *Alteridades*, Año 10, No 19 (enero-junio 2000), p. 62.

62. Las teorías liberales que incluyen los presupuestos del individualismo posesivo consagran a la propiedad como la máxima expresión de la libertad exterior de los individuos, es por ello que la libertad de la propiedad constituye el bastión sagrado que se enarbola frente a las intervenciones de terceros, sea éste un sujeto cualquiera o el Estado mismo. La propiedad es autodeterminación nada más que garantizada y consagrada por los ordenamientos jurídicos positivos. La propiedad individualista no concibe ninguna intromisión dentro del espacio de libertad personal, ni siquiera en los casos que la intervención se realiza por determinados fines sociales, pues estos se encuentran supeditados siempre a los fines particulares, preexistentes a la conformación misma de la sociedad.

González Terán, Diana Luz, 2010, "El derecho de propiedad privada en el liberalismo individualista", Tesis de grado, Santiago, Universidad de Chile, p. 47.

63. El territorio emerge de la mano con el discurso de la identidad y la autonomía y es, en términos subjetivos, un referente simbólico y material de la identidad ligado a experiencias concretas, así como a la búsqueda de distintas formas de representación y auto representación entre los pueblos indígenas.

Aylwin Oyarzún, José, *op. cit.*, nota 60, p. 111.

64. Son derechos colectivos, porque de manera individual no se pueden ejercer, esto es igual a decir que los indígenas, en lo individual, poseen los mismos derechos que el resto de la población del país, pero en lo colectivo, por pertenecer a un pueblo étnicamente diferenciado del resto de la población, tienen también el derecho de vivir y desarrollarse como tales, lo que se traduce en libre determinación, poseer sus propias instituciones económicas, sociales, políticas y culturales.

López Bárcenas, Francisco, "Las tierras y los territorios de los pueblos indígenas en México", Jorge Alberto González Galván, (Coord.) *Constitución y Derechos Indígenas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, p. 125.

territorios, disponiendo de sus propios recursos; sin siquiera tener que recurrir al argumento de la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra y sus recursos naturales como base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. También para ellos, la relación con la tierra, el territorio y los recursos naturales no es meramente una cuestión de posesión y producción; sino que conlleva a la par elementos materiales y espirituales del que deben gozar plenamente para subsistir y, más aún, para preservar su legado cultural y transmitirlo a las futuras generaciones.⁶⁵ De esta manera podemos señalar que el régimen socioeconómico y jurídico que aborde estos conceptos (tierra, territorio y recursos naturales) desde la perspectiva de los pueblos originarios, ha de presentar una serie de características diferenciadas, entre las que se encuentre su naturaleza comunal y colectiva.

En lo que respecta al caso chileno podemos observar que la configuración jurídica actual del derecho de propiedad aún contiene las características de un proyecto mayormente liberal con un régimen de propiedad individual, aún en sintonía con las características de la tradición del derecho romano.⁶⁶ Además, incluye los presupuestos del individualismo posesivo que consagran la propiedad privada de goce pleno, exclusivo y excluyente como la máxima expresión de la libertad exterior del individuo, y para él que la libertad de propiedad constituye el bastión sagrado que se enarbola frente a las intervenciones de terceros, sea éste un sujeto cualquiera o el Estado mismo.⁶⁷ La consagración constitucional de este derecho tiene el sello del liberalismo moderno; que lo distingue, sobremanera, de lo que sería bajo la apreciación colectiva de los pueblos indígenas. Por lo tanto, al no existir garantía constitucional sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorio y recursos naturales, sobrevienen muchos problemas que han sido subsanados temporalmente y muy vagamente por una ley inferior, la cual ha sido cons-

65. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 31 de agosto de 2001. Serie C No 79, párr. 149.

66. El derecho romano recoge una concepción individualista cada vez más creciente que refuerza en gran medida las atribuciones del dueño y sus facultades frente a los demás hombres y frente al Estado. Además con una concepción iusnaturalista que considera a este derecho junto con el de libertad, el máximo desarrollo de la persona en orden a su existencia. Además una de las características principales del derecho de propiedad, se acuerdo al derecho romano, es el elemento de *dominium*.

Carretero Sánchez, Santiago, "La propiedad: bases sociológicas del concepto en la sociedad postindustrial", Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, (1994) pp. 4 y 6.

67. González Terán, Diana Luz, *op. cit.*, nota 62, p. 47.

tante denunciada de ser contraria a la Constitución chilena al no existir un reconocimiento a derechos colectivos de la tierra.

También esta ausencia constitucional ha generado diversos conflictos sociales de reclamos, manifestaciones y protestas, principalmente por parte del pueblo indígena Mapuche, quien en reiteradas ocasiones ha solicitado la reivindicación, fundamentalmente referidas a la recuperación de sus territorios ancestrales y al respeto del uso y goce de dichas tierras y sus recursos naturales, debido a que se han visto impedido legalmente el ejercicio de sus derechos.⁶⁸

Esto, también, tiene estrecha relación con el respeto y observancia del derecho a la consulta previa y participación, ya ante la falta marco constitucional adecuado sobre la problemática de los pueblos originarios, genera que sus derechos sean completamente y consecutivamente vulnerados, principalmente aquellos relacionados a las tierras, territorios y recursos naturales.

En el caso mexicano, podemos observar que el artículo 2 fracción VI de la Ley Suprema⁶⁹ reconoce el derecho a acceder a las tierras de los pueblos originarios con reservas a las formas y modalidades de la propiedad establecidas en la Constitución y leyes, además del uso y disfrute de los recursos naturales salvo aquéllos que están en áreas estratégicas.

Paralelamente, el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 de la Constitución señala que la Ley protegerá las tierras de los grupos indígenas. Sin embargo, a pesar de existir un reconocimiento a este derecho, existen, también, varios obstáculos que limitan el ejercicio pleno de los derechos colectivos, entre los que destacan restricciones a los recursos naturales que se encuentren en áreas estratégicas, entre otros,⁷⁰ y por lo tanto, no podemos

68. *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, Volumen III, Tomo II, Capítulo II Territorio y Tierras Mapuche, pp. 1115-1119.

69. Artículo 2. La Nación Mexicana es única e indivisible. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución. VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformado y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001.

70. Anglés Hernández, M. "Jurisprudencia interamericana. Acicate contra la discriminación y exclusión de pueblos originarios de México en relación con sus recursos naturales", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Vol. XIV (2014), pp. 274-275.

hablar de que existe un reconocimiento real y pleno de los derechos territoriales de los pueblos indígenas.⁷¹

A pesar de estas restricciones, también es relevante señalar que existe la posibilidad de desarticular estas limitantes y proteger ampliamente estos derechos, ya que al estar estas disposiciones jurídicas en el capítulo denominada: "De los Derechos Humanos y las Garantías Individuales" de la Constitución mexicana tiene diversas e importantes implicaciones legales en pro de los intereses de las comunidades indígenas, entre la que destaca la obligación del Estado de garantizarlos, estableciendo las formas de ejercerlo y los procedimientos para reclamarlos en caso de que no se cumplan.⁷² En este contexto, podemos señalar que la modificación constitucional de 2011, el cual se introdujeron al orden jurídico nacional todos los derechos humanos que se encuentran en los tratados internacionales y ratificados por México, además de otorgarles la jerarquía máxima del ordenamiento constitucional, provocó que todos los derechos humanos y constitucionales fueran no sólo materia de control constitucional sino también materia de convencionalidad.⁷³

71. De acuerdo con Marisol Anglés Hernández este precepto lo único que hace oficializar la jerarquía de derechos tutelados, esto es, primero los derechos adquiridos y los reconocidos por algún título de propiedad legalmente establecido y, después, si ello es posible, los de las comunidades indígenas... Este derecho, a nuestro entender, se trata sólo de una reforma retórica, que deja sin resolver el reconocimiento real y la protección efectiva de los derechos de los indígenas de este país. Anglés Hernández, Marisol, "La garantía del derecho de acceso, uso y disfrute preferente de los indígenas a los recursos naturales. Caso Cucapá", *Primera memoria del seminario itinerante internacional. La cuestión agraria: tierras, territorios, medio ambiente, recursos naturales, migrantes, derechos sociales y colectivos de los pueblos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 73-74.

72. López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, nota 64, p. 287.

73. El control de convencionalidad es el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente, en la que funda la competencia contenciosa de la Corte IDH. el control de convencionalidad se parte en dos tipos distintos, que son llevados a cabo por dos órganos distintos: el primero es el control concentrado de convencionalidad, que realiza únicamente la Corte Interamericana; el segundo es el control difuso de convencionalidad, que realizan los Estados, en el ámbito de sus competencias a través de todas sus autoridades.

Bustillo Marín, Roselia, *Líneas jurisprudenciales. El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 6.

VII. IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA CONSULTA Y PARTICIPACIÓN

La consulta previa y la participación son principios fundamentales de la gobernanza democrática y el desarrollo incluyente,⁷⁴ ya que tienen como objeto promover, mediante un proceso amplio y organizado, la intervención de los pueblos y comunidades indígenas en el diseño de cualquier medida estatal al desarrollo dirigidas a este sector de la población. Por un lado, a través del derecho a la participación se busca asegurar la posibilidad de que los ciudadanos contribuyan y formen parte de las decisiones que se tomen dentro de su comunidad política; mientras que el derecho a la consulta se puede ejercer de manera colectiva con el objeto de asegurar el respeto y la protección la integridad de los pueblos originarios, así como la plena capacidad para decidir sobre su destino.⁷⁵ Por lo tanto, dentro de este contexto, ambos derechos existen conjuntamente manteniendo vínculos muy estrechos y, en consecuencia, en ningún caso pueden entenderse de manera separada.

Muchas razones existen para afirmar de la importancia del respeto y ejercicio de estos derechos.

En primer lugar, éstos son una importante garantía de paz social, en virtud del principio kantiano que funda la convivencia civil en los límites que la libertad de cada uno encuentra en la libertad de los demás.⁷⁶ En este sentido, la participación y consulta previa de todos los asuntos que les afecta constituyen elementos fundamentales que garantizan la equidad y la paz social a través de la inclusión y el diálogo, siendo éstos también instrumentos de diálogo auténtico de cohesión social que puede desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos,⁷⁷ sobre todo cuando se reportan crecientes tensiones entre actores externos y pueblos indígenas asociados a la

74. OIT, *Manual*, *op. cit.*, nota 15, p. 11.

75. Gutiérrez Rivas, Rodrigo, "Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México: un primer acercamiento", Eduardo Ferrer Mac-Grégor (coord.) *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, UNAM, México, 2008, T. XII, p. 541.

76. "Nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal" KANT, Immanuel, *Teoría y Práctica*, Estudio preliminar por Roberto Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986.

77. Comisión de Expertos, *Observación general sobre el Convenio No 169*, 79. a reunión, 2008 (publicada en 2009).

explotación de recursos naturales destacando en particular los casos de explotación minera.⁷⁸ El ejemplo más visible de este argumento es la protesta social del pueblo originario Mapuche en Chile.

En segundo lugar, el respeto al ejercicio y cumplimiento de estos derechos ayuda a consolidar aún más la democracia en países como Chile y México, en donde se requiere el fortalecimiento de la cultura de la participación de las minorías en asuntos políticos. Al respecto, los Estados no pueden considerar que las decisiones adoptadas por la mayoría deben de ser asumidos sin consultar o considerar a la totalidad de la población, incluida aquéllos que pertenecen a la minoría, ya que en los Estados constitucionales democráticos el ordenamiento jurídico y las instituciones públicas no pertenecen únicamente a la mayoría, ni deben servir para privar a las minorías de sus propias prácticas culturales.⁷⁹ Al contrario, la finalidad de los Estados democráticos es crear mejores condiciones de igualdad que protejan a los grupos minoritarios, entre ellos los pueblos indígenas y, en este caso, el derecho a la consulta previa y participación juegan un rol vital para limitar el poder de la mayoría, la que ni siquiera por unanimidad podría decidir su reducción o abolición.⁸⁰

En tercer lugar, el derecho a la consulta previa y participación de los pueblos indígenas ayuda a eliminar la exclusión social, ya que el respeto y ejercicio de estos derechos fomentan el objetivo de alcanzar una democracia incluyente.⁸¹ En donde el Estado no debe pertenecer a uno solo de los grupos que conforman una sociedad⁸² sino, al contrario, debe incluir también a las minorías, entre ellas a los pueblos indígenas, y por eso, la importancia de estos derechos porque se colocan en el centro de las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados, redefiniendo los extremos de la relación bajo los principios de igualdad y respeto a la diversidad cultural.⁸³

En cuarto lugar y muy relacionado al anterior, los derechos de los pueblos indígenas a la consulta previa y la participación también contribuyen a la reducción de la pobreza y marginalización, ya que tras escuchar y atender sus

78. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racional, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención, México, 9 de Marzo de 2012, CERD/C/MEX/CO/16-17, párr.17, p. 4.

79. Muro Ruiz, Eliseo, "El Estado multicultural mexicano en el siglo XXI, visto desde la teoría constitucional", *Derecho y Cultura*, México, No. 13, (enero-abril 2004) pp. 97-98.

80. Salazar Ugarte, Pedro, *op.cit.*, nota 32, p. 210.

81. OIT, *Manual*, *op. cit.*, nota 15, p. 17.

82. *Idem*.

83. Regino Montes, Adelfo y Torres Cisneros, Gustavo, "The United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples: the foundation of a new relationship between indigenous peoples, states and societies" *Making the Declaration Work*, Ed Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, Copenhagen, IWGIA, 2009, pp. 138-170.

peticiones podrían darse decisiones económicas mucho más inclusivas y legítimas que ayuden a mejorar las oportunidades sociales y económicas de los pueblos indígenas. Sobre todo cuando el desarrollo humano, en general, de la población indígena son muy inferiores a lo no indígenas.⁸⁴

En quinto lugar, en la ejecución de estos derechos podrían tomarse en consideración los conocimientos y sistemas de producción de los pueblos originarios sobre todo en lo referente a los recursos naturales, que puede ser de gran utilidad para su aprovechamiento sustentable, ya que la mayoría de ellos han desarrollado técnicas sofisticadas de sustento para mantener su economía y el medio ambiente.⁸⁵

Por otro lado, es indispensable entender que la obligación de respetar estos derechos (participación y consulta) significa que el Estado —lo que incluye a todos sus organismos y agentes, sea cual sea el nivel de gobierno en el que se encuentren y sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten— debe abstenerse de cualquier conducta (activa o pasiva) que viole la integridad de los pueblos indígenas o pongan en riesgo sus libertades y el legítimo ejercicio de sus derechos. Para ello, el Estado puede hacer uso de los recursos disponibles para satisfacer los derechos de los pueblos originarios por los medios legítimos que consideren adecuados,⁸⁶ entre los que se encuentran el derecho a la consulta previa y participación.

Ahora bien, en virtud de que estos derechos se satisfacen a través de prestaciones a cargo del Estado, las disposiciones constitucionales que ambos países en estudio han adoptado para cumplir con esta obligación, se encuentran, como lo mencionamos anteriormente, en el caso mexicano en el artículo 2º fracción IX y artículo 26 apartado A. En el caso chileno podemos observar que a pesar que no están garantizados constitucionalmente estos derechos, sí existe una ley secundaria sobre los derechos de los pueblos indígenas que contiene el derecho a la participación.⁸⁷ Más aún, días después de entrar en

84. Comité, nota 78, párr. 18, p. 5.

85. OIT, *op. cit.*, nota 15, p. 22.

86. Carbonell, Miguel, "La Garantía de los Derechos Sociales en la Teoría de Luigi Ferrajoli", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, No. 34, (2004) p. 324.

87. Ley Indígena (No 19.253), artículo 34. Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios. Publicada en el *Diario Oficial* el 5 de octubre de 1993 por el Ministerio de Planificación y Cooperación.

vigencia el Convenio N° 169 de la OIT, se promulgó el Decreto Supremo N° 124, de fecha 25 de septiembre de 2009, del Ministerio de Planificación,⁸⁸ cuyo objetivo es reglamentar de manera provisional el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. A pesar de ello, esta disposición ha sido duramente criticada⁸⁹ por diversas organizaciones de la sociedad civil y líderes indígenas, tras considerar que no satisface los requisitos y estándares planteados por el Convenio N° 169 de la OIT.⁹⁰

Debido a ello y después de varios años de movilizaciones y descontento social por la falta de políticas públicas y reconocimiento de derechos esenciales de los pueblos originarios, incluyendo la Constitución, el gobierno chileno en turno señaló que pondrá en práctica una agenda política a favor de los derechos de los pueblos indígenas, la cual incluye respetar y garantizar el derecho a la consulta, brindar mayor representación y participación política de estos pueblos, y por último, fortalecer el programa de tierras indígenas.⁹¹

VIII. RETOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA Y PARTICIPACIÓN

Una vez analizado estos derechos en la Constitución de ambos países, resta analizar los desafíos que enfrentan para cumplir con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT.

En primer lugar, en el caso mexicano, a pesar de las limitantes establecidas en la Constitución sobre este tema, también carece de una ley general en la materia que contemple todos los derechos, el procedimiento y principios establecidos en el Convenio 169. La única legislación específica y vigente

88. Decreto 124 que Reglamenta el Artículo 34 de la Ley N° 19.253 a fin de regular la consulta y participación de los pueblos indígenas (en línea), publicado en el *Diario Oficial* 25 de septiembre de 2009, por el Ministerio de Planificación.

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006486&r=1>

89. Algunas de las críticas son que se trata de un acto de la administración inconsulto; el otro aspecto es que su objetivo explícito es la reglamentación del derecho establecido en el artículo 34° de la Ley Indígena, la cual asegura el derecho de oír y considerar la opinión de los pueblos, y no de los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la OIT, el cual fija un estándar de consultas mucho más elevado; por último porque su contenido mismo no satisface los estándares fijados en torno a la consulta y participación.

Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile, Santiago, 2012, p. 170.

90. Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile*, Santiago, 2012, p. 169-170.

91. Wilson J. M. y C. Campos, "Bachelet pide abrir debate sobre parlamentarios indígenas en el Congreso", periódico *La Tercera*, Sección Política, 25 de Junio de 2014.

con que se cuenta es la Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipio de San Luis Potosí.⁹² En consecuencia, esto representa un gran vacío legal para el resto de los Estados, quienes a pesar de reconocer este derecho en sus constituciones locales, carecen de una ley específica en la materia que regule todo lo concerniente a estos derechos y al procedimiento de aplicación.

A pesar de ello y para contrarrestar esta ausencia legal, el Estado mexicano creó un Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas,⁹³ el cual incorpora los principales estándares del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, a pesar de ser una buena práctica, la realidad es que este instrumento carece de fuerza coercitiva, ya que no tiene carácter de ley y en muchos de los casos podría no aplicarse.

En mejor medida Chile promulgó el Decreto N° 124,⁹⁴ el cual tiene por objeto regular la materia de la consulta y participación de los pueblos indígenas en todo su territorio, además en esta legislación se establece un procedimiento y algunos principios básicos rescatados del Convenio 169. Sin embargo, como lo mencionamos anteriormente ha sido denunciado de no cumplir con todos los estándares reconocidos por la OIT y que explicaremos más adelante.

En segundo lugar, en ambos países no existe una representación unificada por pueblos o conjunto de pueblos indígenas, lo que origina una mayor dispersión de las eventuales políticas públicas enfocadas a respetar y hacer efectivo este derecho. En este sentido, la falta de un organismo compuesto por organizaciones indígenas que determine la protección y garantía de sus intereses pone en vulnerabilidad a estas comunidades frente a otros interesados, normalmente grandes empresas, el Estado u otros interesados en el aprovechamiento o explotación de los derechos de estos pueblos. En el caso mexicano se cuenta con la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas,⁹⁵ sin embargo, ésta pertenece al gobierno y está compuesta por funcionarios públicos.⁹⁶

92. Ley de Consulta indígena para el Estado y Municipios de San Luis Potosí, aprobada por el Congreso Estatal el día 29 de junio de 2010 y publicada el 8 de julio de 2010.

93. Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), *Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, aprobado por el pleno de la Asamblea del Consejo Consultivo de la CDI, febrero de 2013.

94. Decreto No 124, Reglamenta el artículo 34 de la Ley No 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas. Promulgada el 4 de septiembre de 2009 y publicada en el *Diario Oficial* el 25 de septiembre de 2009, Ministerio de Planificación.

95. Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, disponible en <http://www.cdi.gob.mx/>

96. Comité, nota 78, párr. 17, p. 4.

En el caso chileno, se cuenta con la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena,⁹⁷ quien también es un institución del gobierno y está a cargo de funcionarios públicos, y cuyo objetivo es la promoción, la coordinación y la ejecución de la acción estatal de los planes de desarrollo de los pueblos originarios.

En tercer lugar, a pesar de existir instrumentos de consulta y participación en ambos países, en ciertas ocasiones, erróneamente se ha interpretado el sentido y fin de los mismos de acuerdo con el Convenio 169. Por ejemplo, en algunas ocasiones, se ha entendido que el derecho a la consulta y participación se limitan a una simple información sobre las actividades que se conducirán los interesados, sin que la opinión de los pueblos originarios sea considerada como relevante y, sobre todo, decisiva al momento de resolver la actividad específica.⁹⁸ En este sentido, esta práctica sería contraria al Convenio 169, la cual exige que los pueblos indígenas participen de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de las políticas que los afecten,⁹⁹ y cuyo objeto es generar canales de diálogo sostenido y constructivo. Además, la OIT ha señalado que las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo.¹⁰⁰ Paralelamente, la Corte IDH ha señalado que la buena fe no sólo se refiere a cumplir formalmente con los estándares internacionales señalados por la OIT, sino también exige la ausencia de cualquier tipo de coerción o presión por parte del Estado, sus agentes o terceros; y es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades, todas las cuales son contrarias a los estándares internacionales.¹⁰¹

97. Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, disponible en <http://www.chileatiende.cl/servicios/ver/A1002>

98. Martín, Claudia, Diego Rodríguez Pinzón y José Antonio Guevara. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Fontamara, México, 2006, p. 544.

99. Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 de la OIT, (en línea)* <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>

100. OIT, *Manual, op. cit.*, nota 15, p. 13.

101. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaru vs Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo de Reparaciones, p. 7.

IX. CONCLUSIONES

Para que un Estado se mantenga unido debe valorar la diversidad de sus ciudadanos, como la de aquellos grupos étnicos con los que todos actualmente comparten el territorio de un país. Pese a sus propias y naturales diferencias culturales, los diversos pueblos indígenas comparten problemas comunes, uno de los más graves y urgentes: el de la protección de sus derechos a existir y a conservar y transmitir su *modus vivendi* y sus ancestrales valores culturales. Esta lucha es encaminada no sólo a su reconocimiento legal, sino también al reconocimiento y protección por el Estado de los derechos esenciales y necesarios para su subsistencia, entre los cuales se adscribe el de consultas previas y participación. El futuro del Estado constitucional moderno radica en aceptar las nuevas realidades multiculturales; y no en lo contrario. Aceptar la diferenciación de derechos ayudará a fortalecer los principios de un Estado constitucional. En este contexto, reconocer los derechos de los pueblos indígenas y en particular los derechos de consulta y participación propiciará mayor fortaleza al Estado de Derecho; y, sobre todo, del sistema democrático. Es evidente que la democracia no resuelve todos los problemas del Estado moderno, pero claramente sirve para legitimar todas las decisiones políticas con pleno respeto a la identidad, valores, intereses y aspiraciones de todos sus partícipes.

El análisis y la reflexión comparada que condujo nuestra investigación, nos avala en concluir que tanto en Chile como en México se requieren urgentemente decisiones políticas y legislativas que garanticen el ejercicio pleno de los dos derechos reconocidos internacionalmente y que fueron materia de este artículo. En el caso mexicano, a pesar de ser más avanzado en materia constitucional, muestra un gran rezago en la debida implementación y práctica de los derechos de participación y de consulta a través de apropiadas leyes secundarias, incluyendo las leyes estatales, particularmente, en aquellos donde hay mayor presencia de pueblos indígenas. En el caso chileno no sólo sigue pendiente el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y la garantía de los derechos mínimos con que puedan satisfacer sus necesidades; sino que, a la vista de las obligaciones internacionales asumidas por Chile en el Convenio 169 de la OIT, cuesta entender las razones de esta postergación más allá de la acendrada configuración liberal de su texto fundamental, pues a nivel de contenidos en legislación secundaria Chile aventaja a su par del norte, previniendo que a diferencia de México, el chileno es un Estado unitario y mayormente centralizado. Sin perjuicio, actualmente existe

la voluntad política de retomar estos temas, no sólo en materia constitucional sino también en el ámbito práctico.

X. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PORTALES, Rafael y Diana Rocío Espino Tapia, "Fundamento, garantía y Naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del estado social de derecho", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 10, 2006/2007.

- Anglés Hernández, M. "Jurisprudencia interamericana. Acicate contra la discriminación y exclusión de pueblos originarios de México en relación con sus recursos naturales", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Vol. XIV, 2014.

- Anglés Hernández, Marisol, "La garantía del derecho de acceso, uso y disfrute preferente de los indígenas a los recursos naturales. Caso Cucupá", *Primera memoria del seminario itinerante internacional. La cuestión agraria: tierras, territorios, medio ambiente, recursos naturales, migrantes, derechos sociales y colectivos de los pueblos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

- AYLWIN OYARZÚN, José, *Derechos humanos de los pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, IWGIA, Chile, 2004.

- Banco Interamericano de Desarrollo, *Política operativa sobre pueblos indígenas y estrategia para el desarrollo indígena*, Publicaciones IND, Washington D.C., 2006.

- Banco Mundial, *Reseña sobre los pueblos indígenas: el Banco Mundial y las poblaciones indígenas* (en línea)

<http://www.bancomundial.org/temas/resenas/indigenas.htm>

- BARROS, Enrique, "La democracia como forma del poder: un enfoque normativo", *Ciencia Política*, No. 26, enero- marzo 1992.

- BENEDICTO RODRÍGUEZ, Rubén, Liberalismo y comunitarismo: un debate inacabado. *Studium: Revista de Humanidades*, No. 16, 2010.

- BOBBIO, Roberto, *El futuro de la democracia*, Trad. José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

- BUSTILLO MARÍN, Roselia, *Líneas jurisprudenciales. El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

- CARBONELL, Miguel, "La Garantía de los Derechos Sociales en la Teoría de Luigi Ferrajoli", *Anuario del Departamento de Derecho de la*

Universidad Iberoamericana, México, No. 34, 2004.

- CARBONELL; Miguel, "Constitucionalismo y multiculturalismo", *Derecho y cultura*, No. 13, México, enero-abril 2004.

- CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago, 1994, "La propiedad: bases sociológicas del concepto en la sociedad postindustrial", Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

- Constitución Política de la República de Chile de 1980.

- Comisión de Expertos, Observación general sobre el Convenio No 169, 79.ª reunión, 2008 (publicada en 2009).

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas jurisprudenciales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Doc. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 56/09, 30 diciembre 2009.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009.

- Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *La vigencia de los Derechos Indígenas en México: Análisis de las repercusiones jurídicas de la reforma constitucional federal sobre derechos y cultura indígena en la Estructura del Estado*, México, 2007.

- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racional, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención, México, 9 de Marzo de 2012, CERD/C/MEX/CO/16-17

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaru vs Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo de Reparaciones.

- DE YTURBE CALVO, Corina, *Multiculturalismo y derechos*, Instituto Federal Electoral, México, 1998.

- Decreto 124 que Reglamenta el Artículo 34 de la Ley N° 19.253 a fin de regular la consulta y participación de los pueblos indígenas (en línea)

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006486&r=1>

- Defensoría del Pueblo del Perú, El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: el rol de los Ombudsman en América Latina, Memoria del Encuentro extraordinario de la Federación Iberoamericana de Ombudsman, 2013

- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas, *Situación de los pueblos indígenas en el mundo*, Departamento de

Información Pública de las Naciones Unidas, Nueva York, 2009.

- GAMIO GONZALO, Gehri, "John Rawls: Los dos principios de la justicia", 2008. (en línea)

<http://gonzalogamio.blogspot.com/2008/12/john-rawls-los-dos-principios-de-la.html>

- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía: La Teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2004.

- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, "La validez del derecho indígena en el derecho nacional", *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

- GONZÁLEZ TERÁN, Diana Luz, 2010, *El derecho de propiedad privada en el liberalismo individualista*, Tesis de grado, Santiago, Universidad de Chile.

- GRIFFITHS, Tom, *Los Pueblos Indígenas y el Banco Mundial: Experiencias de Participación*, Forest People Programme, 2005

- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, "Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México: un primer acercamiento", Eduardo Ferrer Mac-Gragor (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, Tomo XII, UNAM, México, 2008, p. 541.

- GURUTZ, Jauregui, "¿Derechos Individuales o derechos colectivos?," *Periódico El País*, España, 12 de agosto de 1998.

- HENRÍQUEZ VIÑAS, Mirian Lorena, "Pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente", *Reforma constitucional*, Lexis Nexis, Santiago, 2005.

- HERÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, "Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente", ZÚÑIGA, Francisco (Coord.) *Reforma Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago, 2005.

- *Informe sobre la reforma a la Constitución Política de la República de 1980*, Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 2001.

- *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, Volumen III, Tomo II, Capítulo II Territorio y Tierras Mapuche,

- *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe general y observaciones referidas a ciertos países*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, ILC.101/III/1ª, 101ª reunión, 2012

- KANT, Immanuel, *Teoría y Práctica*, Estudio preliminar por Roberto Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986.

- KYMLICKA, Will. *Ciudadanía Multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Ediciones Paidós, Barcelona.

- Ley Indígena (No 19.253)

- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, "Las tierras y los territorios de los pueblos indígenas en México", Jorge Alberto González Galván, (Coord.) *Constitución y Derechos Indígenas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002.

- Naciones Unidas, Informe sobre la marcha de los trabajos presentados por el Sr. Rajindar Sachar, Relator especial, Comisión de Derechos Humanos, "El derecho a una vivienda adecuada", 22 de junio de 1993, Citado por Provea, 1997, Caracas.

- MARTIN, Claudia, Diego Rodríguez Pinzón y José Antonio Guevara. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Fontamara, México, 2006.

- MURO RUÍZ, Eliseo, "El Estado multicultural mexicano en el siglo XXI, visto desde la teoría constitucional", *Derecho y Cultura*, México, No 13, enero-abril 2004.

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, (en línea)

<http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/declaration.htm>

- Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 de la OIT*, (en línea)

<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>

- Organización Internacional del Trabajo. *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT: Comprender el Convenio sobre los indígenas y tribales, 1989 (número 169)*, Ginebra, 2013.

- PRADO, Maximiliano, "La cuestión indígena y las exigencias de su reconocimiento", *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Escuela de Derecho, Unidad Alberto Hurtado, 3, Santiago, 2003.

- RAWLS, John, *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.

- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, 4 ed., Fondo de Cultura Económica, USA, 1998.

- REGINO MONTES, Adelfo y Torres Cisneros, Gustavo, "The United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples: the foundation of a new relationship between indigenous peoples, states and societies" *Making the Declaration Work*, Ed Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, Copenhagen, IWGIA, 2009.

- RIBERA, Teodoro, *Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitu-*

cional en Chile. Comentarios de Carlos Peña, en Serie de documentos de trabajo, Centro de Estudios Públicos, 343, Santiago, 2002.

- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.

- Tesis Jurisprudencial P/J. 21/2014 (10a.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 25 de abril de 2014

- Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile, Santiago, 2012.

- URRUTIA, Juan, "Constitución y ciencia económica. Una Nota a favor de la reforma constitucional", *Claves*, N 20, 1992.

- VARGAS CARREÑO, Edmundo, *Derecho Internacional Público: De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

- VÁZQUEZ Rodolfo, "Liberalismo igualitario y autonomía personal" *Ensayos Jurídicos en Memoria de José Ma. Cajica Camacho*, Volumen II, Editorial Cajica, Puebla, 2002.

- WILSON J. M. y C. Campos, "Bachelet pide abrir debate sobre parlamentarios indígenas en el Congreso", *periódico La Tercera*, Sección Política, 25 de Junio de 2014.

- WRAY, Norman, "La consulta como un derecho político de los pueblos indígenas" *Iuris Dictio*, No. 6, año III, *Colegio de Jurisprudencia de la Universidad de San Francisco de Quito*, Agosto 2002.

- ZÚÑIGA Gerardo, "La dimensión discursiva de las luchas étnicas. Acerca del artículo de María Teresa Sierra" *Alteridades*, Año 10, No. 19, enero-junio 2000.

ANÁLISE JURÍDICO-LEGAL DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR FACE À SOBERANIA E JURISDIÇÃO BRASILEIRA

Andrei ROSSI MANGO*

Ana Cecília ALCÂNTARA VERA**

RESUMO: A exploração de petróleo e gás no Brasil possui relevância mundial, tendo em vista as grandes dimensões costeiras e da longa plataforma continental presente na costa brasileira, onde o país exerce sua soberania. Assim, faz-se necessário analisar a questão doutrinária e legal da soberania e jurisdição estatal frente às porções marítimas brasileiras e a possível exploração offshore do petróleo, uma vez que o país se comprometeu a inúmeros direitos e deveres frente a comunidade internacional na década de 1980 ao ratificar a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, feito marcante e determinante em um cenário onde se mostrava fundamental estabelecer um sistema legal e legítimo internacionalmente, o qual abordasse com segurança o uso do mar e a exploração de seus recursos.

PALAVRAS-CHAVES: Direito do Mar – Zonas Marítimas – Exploração Offshore – Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar

RESUMEN: La exploración de petróleo y gas natural en Brasil posee relevancia mundial, teniendo en cuenta las grandes dimensiones costeras y la gran plataforma continental que se extiende por la costa brasileira, donde el país ejerce su soberanía. Por lo anterior, se hace necesario analizar la cuestión doctrinaria y legal de la soberanía y la jurisdicción estatal frente a las porciones marítimas brasileñas y sobre la posible exploración offshore de petróleo, ya que el país se comprometió a un sinnúmero de derechos y deberes en la década de 1980 al ratificar la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho determinante en un escenario en el cual resultaba fundamental establecer un sistema legal y legítimo internacionalmente que abordase con certeza el uso del mar y la exploración de sus recursos.

PALABRAS CLAVES: Derecho del Mar- Zonas Marítimas - Exploración Offshore - Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del mar.

Fecha de recepción del original: 28 de mayo de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 9 de junio de 2015.

* Estudante de Direito Universidade Federal de Uberlândia.

** Estudante de Relações Internacionais na Universidade Federal de Uberlândia.

ABSTRACT: The oil and gas exploitation in Brazil has global significance, in view of the large coastal dimension and the long continental shelf present in the Brazilian coastline, where the country exercises its sovereignty. Thus, it's necessary to examine the doctrinal and legal issue about the sovereignty and the state jurisdiction of the Brazilian offshore portions and the possible offshore oil exploitation in this areas, since the country has committed itself to a number of rights and duties before the international community in the 1980s, when it ratified the United Nations Convention on the Law of The Sea (UNCLOS), being an striking and decisive doing in a scenario where it showed essential to establish a legal and legitimate international system, which approached the safely use of the sea and its resources exploitation.

KEY WORDS: Law of the Sea – Maritime Zones – Offshore exploitation – United Nations Convention on the Law of the Sea

SUMÁRIO: I. Introdução - II. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar - III. Porções Marítimas. 1. Mar Territorial; 2. Zona Contígua; 3. Zona Econômica Exclusiva; 4. Plataforma Continental: 4.1. Amazônia Azul; 4.2. Outras divergências em relação à soberania sobre a Plataforma Continental; 5. Alto Mar: 5.1. Situação dos Recursos Minerais e Energéticos em Águas Internacionais- IV. Considerações Finais - V. Referências

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho inicia-se expondo uma investigação política e jurídica sobre a soberania e jurisdição estatal frente à codificação estabelecida pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, perpassando por conceitos e delimitações dos espaços marítimos definidos por essa, como por exemplo a separação e definição das diversas porções marítimas, tais como o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva, a plataforma continental e o alto mar. Além da possibilidade de se encontrar recursos energéticos e minerais *offshore* e a jurisdição aplicável sobre eles, legitimando sua exploração.¹

Pretende-se estabelecer um estudo com base nas normas, determinando sua aplicação na ocorrência de exploração e produção *offshore* em águas internacionais, apesar da escassa ocorrência e aplicação no campo fático. Afinal, uma vez que a tecnologia se encontra em rápido avanço e expansão, se torna imprescindível a compreensão dos preceitos legais para que se possa

1. *Offshore*, refere-se à indústria do petróleo que compreende a prospecção, a perfuração e a exploração dos recursos situados ao largo da costa, no sentido literal, "afastado da costa".

exercer a soberania brasileira sobre as reservas de petróleo, a exemplo da descoberta do pré-sal, que ainda deixa grandes discussões.

Faz-se necessário, portanto, ir além. Ademais, o Sistema Internacional contemporâneo é caracterizado pela interdependência dos atores, portanto, analisa-se nesse artigo temáticas de âmbito internacional, não só acerca do tratado multilateral referido, a qual envolve uma gama de países, mas a ocorrência de situações semelhantes à do Brasil, como é o caso do Canadá, e, também, a especial importância do alto mar.

II. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR (CNUDM)

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, ocorrida em Montego Bay, na Jamaica em 10 de Dezembro de 1982, também recebe o nome originalmente em inglês de UNCLOS (United Nations Convention on the Law of the Sea), estabelecendo o tratado internacional multilateral sob a autoridade da ONU.

A referida convenção busca estabelecer uma padronização e mútuo respeito entre os diversos países signatários no que diz respeito ao Direito do Mar, suscitando questões como extensão e legalidade da exploração econômica e natural do mar territorial, zona econômica exclusiva, plataforma continental e alto mar. A CNUDM também buscou a criação de um Tribunal Internacional do Direito do Mar, o qual possui competência para julgar diversos impasses que viriam a suceder a aplicação do Direito do Mar, podendo ser definida como um fórum disponível para atores estatais e não estatais resolverem controvérsias sobre como a referida Convenção pode ser aplicada. Além da tentativa do "fortalecimento da paz, da segurança e da cooperação pacífica entre as Nações, de conformidade com os princípios de justiça e de igualdade de direitos e pretendendo a promoção econômica e social de todos os povos."² Nota-se a presença por cerca de vinte anos do acadêmico e jurista brasileiro Vicente Marotta Rangel, o qual foi juiz do Tribunal e deteve um papel essencial para o mesmo.³

A Convenção contou com a presença de 160 Estados, e foi ratificada pelo Brasil em dezembro de 1988, porém só entrou em vigor dia 16 de novembro de 1994. Seu advento foi muito bem vindo em um ambiente onde se mostra-

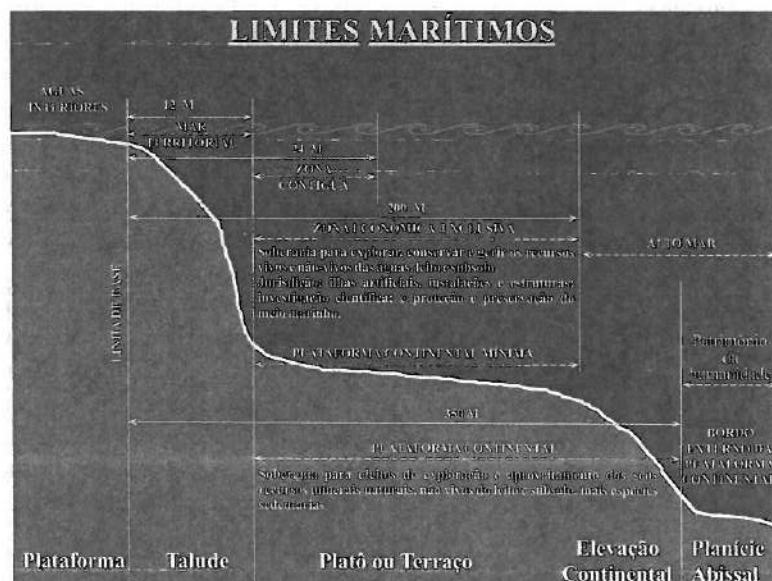
2. International Tribunal for the Law of the Sea.

3. J.R. Carvalho de Souza, "Estudo sobre mar territorial, zona contígua e zona econômica exclusiva".

va necessário estabelecer um sistema legal e legítimo no âmbito internacional, o qual abordasse de forma correlata o uso do mar e seus recursos, consolidando uma ordem plural, justa e equitativa perante todos os Estados participantes. Destaca-se, na negociação da Convenção do Mar, o brasileiro Saraiva Guerreiro, reconhecido como um dos principais formuladores e executores da política externa brasileira no que tange à temática Direito Marítimo, aliás, nota-se que o Itamaraty possui uma marcante tradição nessa área.

Com a ratificação do Brasil, o Estado se comprometeu a diversos direitos e deveres frente a comunidade internacional, tendo como uma de suas consequências a utilização do conceito de Zona Econômica Exclusiva (ZEE), e não mais do mar territorial com a extensão de 200 milhas.

Ilustração 1



Fonte: LEPLAC, Marinha do Brasil.

Com o intuito de assegurar os preceitos preconizados pela CNUDM, a Comissão Interministerial para os Recursos do Mar (CIRM), em 1990, criou o Programa REVIZEE - Avaliação do Potencial Sustentável de Recursos Vivos na Zona Econômica Exclusiva, inserido no III Plano Setorial para os Recursos do Mar (III PSRM) e reiterado no IV PSRM.⁴

4. R. Oriandini, "Mar territorial brasileiro: 200 ou 12 milhas?".

No Brasil, a Lei 8.617 de 4 de janeiro de 1993, formalizou parcialmente o país a CNUDM, que se deu pela expedição do Decreto de Promulgação n. 1530/95. Pode ser de se estranhar que a lei de 1993 veio antes do decreto de promulgação em 1995, porém de nada é estranho, uma vez que o Congresso Nacional já havia aprovado a Convenção, via Decreto Legislativo nº 5 em 9 de novembro de 1987. Dessa forma, se elucida a transcrição exata de inúmeros dispositivos da convenção para a lei.⁵

A Convenção de Montego Bay estabeleceu os limites das áreas marítimas conforme a imagem a seguir, em águas interiores, mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva e, por fim, alto mar.

III. PORÇÕES MARÍTIMAS

1. Mar territorial

O mar territorial está exposto à luz dos arts. 2º a 32 da CNUDM, se caracteriza pela faixa marítima de largura de no máximo 12 milhas marítimas que um Estado pode estabelecer como seu, contando essas medidas a partir da linha de base normal determinadas em conformidade com a Convenção, estando essas linhas expostas no rol de artigos que se seguem ao longo da seção 2 da CNUDM.⁶

A linha de base normal, exposta no art. 5º, é a linha de baixa-mar, ou seja, a linha referente a maré mais baixa, ao longo da costa, conforme é indicado também nas cartas marítimas (cartas náuticas) reconhecidas oficialmente pelo próprio Estado costeiro. Já em casos de ilhas cercada por atóis ou cadeias de recifes, a linha base será a linha de baixa-mar do lado do recife que se encontra do lado do mar.⁷

Em relação a faixa territorial de um determinado Estado, o mesmo possui total direito de exercer sua soberania, não só referente ao mar, mas também ao espaço aéreo, ao leito e subsolo sob o mar territorial. Porém a Convenção relativiza tal preceito ao estabelecer total direito de passagem inocente, ou seja, de navios de todos os Estados que venham a percorrer o mar territorial, sendo assim, o trânsito de navios no mar territorial não necessita de prévia autorização do Estado em que ele exerça soberania. A passagem inocente é

5. R. Baptista Zanin, "O Direito do Mar e a Legislação Brasileira: A influência da Convenção de Montego Bay na Constituição Federal".

6. J.R. Carvalho de Souza. *Op.*, cit.

7. J.R. Carvalho de Souza. *Op.*, cit.

caracterizada pela sua natureza rápida e sem interrupções (sem paradas em ancoradouros ou instalações portuárias) e as hipóteses excludentes de verificação dessa estão enumerados pelo art. 19 da CNUDM, como a passagem prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Estado costeiro, ou seja, qualquer ameaça ou uso da força contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política do Estado costeiro ou qualquer ação em que viole os princípios de direito internacional, estando enumerado pelo rol de hipóteses no mesmo artigo de alíneas *a* à *l*.

O Estado também pode adotar diversas medidas por regulamentos e leis em conformidade com as disposições da convenção e demais normas de direito internacional para regular sobre a segurança de navegação, regulamentação de tráfego marítimo, conservação dos recursos vivos do mar, entre outros presentes no art. 21. Em casos de passagem que não sejam caracterizadas por inofensivas, o art. 25 estabelece que poderá o Estado utilizar-se de meios para impedir que ela ocorra.

A Lei nº 8.617 de 1993, dita na letra do art. 1º:

Art. 1º O mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítima de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil.

Essas 12 milhas marítimas compreendem uma faixa de largura que equivale a 22,2 quilômetros, seguindo a medição prevista sob a égide da Convenção. Em seu art. 2º a lei estabelece a soberania brasileira ao mar territorial, ao espaço aéreo sobrejacente, ao leito e seu subsolo. A passagem inocente, bem como na CNUDM também está prevista pela lei brasileira, em seu art. 3º.⁸

A partir disso, faz-se necessário destacar uma das maiores áreas produtoras de petróleo no cenário nacional, a Bacia de Campos, principal região produtora de petróleo do país, a qual abarca uma extensa área de nosso mar territorial, pouco conhecida, e uma importante zona costeira, de grande importância. Estima-se que a Bacia de Campos é, atualmente, responsável por 90% das reservas de petróleo e 47% das reservas de gás natural, fazendo com que grande parte das empresas internacionais do setor de gás natural e petróleo estejam atuando na região, e, principalmente, fixando estruturas e estabelecendo relações econômicas internacionais.⁹

8. F. Mendonça de Oliveira, "Mar territorial e zona contígua".

9. L. Horta Nogueira, "Produção e Processamento de Petróleo e Gás Natural no Brasil: Perspectivas e Sustentabilidade nos Próximos 20 anos".

2. Zona Contígua

A Zona Contígua refere-se a extensão do mar referente à uma largura de 24 milhas marítimas, ou seja, em torno de 44,45 quilômetros de distância a partir da linha base. Porém em verdade, a Zona Contígua confere uma extensão de 12 milhas marítimas, ou seja, contadas da extensão do limite referente ao mar territorial, a faixa de 12 as 24 milhas marítimas. O art. 33.2 da CNUDM, prevê essa prerrogativa, estipulando que "a zona contígua não pode estender-se além de 24 milhas marítimas".

Dentro dessa área, o Estado tem legitimidade de tomar as devidas providências a fim de fiscalizar e evitar as infrações às leis e regulamentos aduaneiros fiscais, de imigração ou sanitário no seu território ou no seu mar territorial. Nessa área, o Estado costeiro é destituído de soberania, porém, tem jurisdição legal específica para os fins de fiscalização no que concerne à certas temáticas, podendo reprimir infrações que possam vir a ocorrer da atividade de embarcações e espaço aéreo em seu território ou no mar territorial (art. 33.1, "a" e "b"), as quais incluem as leis penais e ambientais.¹⁰

Destaca-se que a Zona Contígua, vem normatizada na legislação brasileira através dos arts. 4º e 5º da Lei 8.617/93.

3. Zona Econômica Exclusiva

A Zona Econômica Exclusiva (ZEE), compreende a porção de área não superior a 200 milhas marítimas, contada a partir da linha base, o qual também mede a largura do mar territorial. Apesar de muitos países não contarem com uma extensão de 200 milhas marítimas de seu mar sem compreender a porção de outro país, ou a própria insuficiência de área para abranger essa extensão, de nada obsta o Brasil a exercer seu monopólio econômico exclusivo sobre a zona, referindo-se a lei apenas a limitação de até 200 milhas contadas da linha base. Dessa forma, a ZEE compreende em torno de 370.4 quilômetros a partir da linha base. Na realidade, se contado a partir do Mar Territorial, essa faixa de mar se totaliza em 188 milhas marítimas. A previsão da largura da Zona Econômica exclusiva está alocado no art. 57 da CNUDM.¹¹

Aqueles estados que não possuem litoral, lhe restam a liberdade de navegação e sobrevoo e de colocação de dutos submarinos, contanto que estejam compatíveis com as demais disposições da CNUDM (art. 57). Cabe também

10. J.R. Carvalho de Souza. *Op.*, cit.

11. F. Mendonça de Oliveira. *Op.*, cit.

ao Estado costeiro delimitar a sua capacidade ao que diz respeito aos recursos vivos da ZEE, caso não tenha capacidade para efetuar a totalidade da captura permissível, deve dar a outros Estados acesso ao excedente.¹²

Em relação aos direitos e deveres do Estado costeiro, a ZEE se caracteriza por ser a área onde um país exerce sua soberania a fim de explorar e aproveitar, conservar e gerir os recursos naturais, vivos e não-vivos, das águas sobrejacentes ao leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras atividades com vista à exploração e aproveitamento da zona para fins econômicos. Já em relação à jurisdição, diz respeito sobre a colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas, investigação científica marinha, proteção e preservação do meio marinho. Questões previstas respectivamente pelo art. 56.1, "a" (direito e deveres) e "b" (jurisdição).¹³

Vale-se lembrar do disposto no art. 58.3, onde estabelece a premissa de que o Estados permitidos a operar na ZEE devem respeitar os direitos do Estado soberano desta zona, podendo o Estado costeiro utilizar-se de seus direitos a soberania de exploração, aproveitamento, conservação e gestão dos recursos vivos da ZEE, tomando as necessárias medidas para o cumprimento das leis e regulamentos que se encontrem em conformidade com o disposto na CNUDM.¹⁴

4. Plataforma Continental

Conforme preceitua o art. 76 da CNUDM, a Plataforma Continental de um Estado costeiro compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância. Apesar da ausência de exatidão em relação a metragem e dimensionamento das áreas acidentadas, como ao exemplo de montanhas submersas, o Estado continua exercendo exclusividade conforme expõe a lei.¹⁵

Geograficamente falando, plataforma continental se caracteriza por ser a "margem dos continentes que está submersa pelas águas do oceano"¹⁶. Tendo

12. R. Baptista Zanin. *Op., cit.*

13. R. Baptista Zanin. *Op., cit.*

14. M.D. Varella. *Direito Internacional Público* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 212-217.

15. F. Mendonça de Oliveira. *Op., cit.*

16. O. Piva, "Plataforma Continental Brasileira e Zona Econômica Exclusiva: Amazônia Azul".

a particularidade do seu declive pouco acentuado e o aumento de forma progressiva até o limite de 200 metros de profundidade, e após uma boa distância, dá lugar a uma descida abrupta para o fundo do mar de maiores profundidades (tal inclinação abrupta leva o nome de talude continental).¹⁷

A importância da plataforma continental é devido a área ser uma região de maior possibilidade de bacias petrolíferas e por ser uma região com maiores populações de vida marinha para a pesca, conforme afirma Luís Carlos Parejo:

"A plataforma continental é considerada a área mais importante do relevo submarino, pois é nessa região que a luz do sol atinge praticamente o fundo oceânico, permitindo a ocorrência de fotossíntese e o crescimento do plâncton, este último, indispensável para a alimentação de peixes e animais marinhos. Por isso, ficam aí as maiores regiões pesqueiras e também as bacias petrolíferas."¹⁸

A extensão da plataforma continental corresponderia em torno de uma extensão de 370,4 quilômetros contados a partir da linha de base. A CNUDM também traz em seus dispositivos a possibilidade da extensão das 200 milhas marítimas, podendo se estender até 350 milhas marítimas, mediante o requisito de permanecer no limite de 200 metros de profundidade e que não atinja a área conferida ao mar aberto. Essa porção de 150 milhas a mais estenderia o direito de explorar o leito e subsolo dessa extensão além do limite, essa extensão territorial leva o nome de Plataforma Continental Jurídica (PCJ) ou Plataforma Continental Estendida.¹⁹

Para que se ocorra a ampliação da área da plataforma continental, foi imposto o dever do Estado costeiro dar publicidade ao pleito, através da divulgação das cartas ou listas de coordenadas geográficas, devendo ocorrer junto da Secretaria-Geral das Nações Unidas, além da instauração do pleito à Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLCP) das Nações Unidas.²⁰

É nesse cenário que o Brasil cria o Plano de Levantamento Continental Brasileira (LEPLAC), um programa do governo criado a partir do Decreto nº 98.145 a fim de estabelecer o limite exterior da plataforma continental brasileira, ou seja, a extensão além das 200 milhas marítimas a qual o Brasil exer-

17. W. Bento Ferreira Neto, "O Direito do Mar e a fronteira marítima brasileira".

18. O. Piva. *Op., cit.*

19. C. Werlang, "A Plataforma Continental".

20. C. Werlang. *Op., cit.*

ceria soberania para a exploração dos recursos naturais presentes no leito e subsolo marinho.²¹

Dessa forma, em junho de 1987, inicia-se através de uma Comissão de Levantamento, que contou com a participação do Navio Oceanógrafo "Almirante Câmara", proveniente da Marinha do Brasil e da Diretoria de Hidrografia e Navegação (DNH). O Brasil dispôs de um prazo de dez anos para que tivesse concluído todas as atividades do LEPLAC referente a tentativa de expandir a plataforma continental, tendo que submeter à CLCP, com os dados referentes ao limite exterior da Plataforma Continental Jurídica pleiteado. Prazo esse, posteriormente alterado para, ser então, apresentado os dados até 13 de maio de 2009.²²

O LEPLAC levantou os dados de uma extensão de aproximadamente 960 mil kmÇ, além 200 minhas náuticas, onde o Brasil deveria exercer sua soberania a nova extensão da plataforma continental brasileira, porém a CLPC não aprovou cerca de 190 mil kmÇ, distribuídos em diversas regiões da costa brasileira.²³

Cabe-se ressaltar que no artigo 77.2 e 77.3, a CNUDM estabelece a exclusividade de exploração dos recursos naturais e minerais no leito e subsolo da plataforma continental daquele que exerce a soberania, ou seja, do Estado costeiro. Fica evidente que mesmo em caso de não exploração, não poderá nenhum outro Estado empreender atividades de exploração nessa área sem consentimento expresso (art. 77.2). Além de que os direitos do Estado costeiro sobre a plataforma, são independentes da sua ocupação, real ou fictícia, ou de qualquer declaração expressa (art. 77.3).

A plataforma continental vem expressa nos arts. 11 à 15 da Lei nº 8.617 de 1993. O art. 16 torna expressa a revogação do Decreto-Lei nº 1.908, de 25 de março de 1970, e as demais disposições que venham a ser contrárias a lei em questão.

4.1. Amazônia Azul

A Amazônia Azul compreende a extensão do mar territorial brasileiro, da zona econômica exclusiva (ZEE) e da plataforma continental, onde se encontram grandes reservas de combustível fóssil como a zona da camada pré-sal. O pré-sal se localiza em uma área de extensão de 800 quilômetros a partir da costa, mais especificamente entre os estados do Espírito Santo e Santa Catarina, chamadas de bacias sedimentares do Espírito Santos, Campos e

21. LEPLAC. Marinha do Brasil.

22. LEPLAC. Marinha do Brasil.

23. LEPLAC. Marinha do Brasil.

Santos. Estima-se que na camada pré-sal se localize uma quantia de 1,6 trilhão de metros cúbicos de gás e óleo, podendo elevar o Brasil a quarta maior reserva de petróleo do mundo. Tendo em vista a maior extensão da camada do pré-sal frente a extensão das zonas marítimas brasileiras, preconizado pela Lei 8.617/93, em conformidade com os preceitos da CNUDM, surgiu-se a motivação do pleito de reconhecimento da soberania brasileira sobre uma extensão de mais de 960.000 kmÇ, aumentando o espaço marítimo brasileiro para 4,4 milhões de kmÇ, onde poderia explorar tantos os recursos minerais e fósseis, como os biológicos, essa proposta visa também receber aceitação da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (AIBA)²⁴, para o Brasil explorar economicamente as áreas adjacentes a plataforma continental.²⁵

Vale-se recordar que no Brasil, a competência jurisdicional e lei brasileira são aplicadas nas zonas marítimas em conformidade com o princípio da territorialidade. O princípio da territorialidade expõe que a aplicação da jurisdição civil, penal e administrativa do Brasil, respeitam as restrições de extensão e limites do território brasileiro, com exceção das hipóteses de extraterritorialidade previstas em lei. Dessa forma, o direito marítimo brasileiro e a direitos de jurisdição tem restrito sua aplicabilidade na zonas marítimas brasileiras, a menos que seja uma exceção prevista normativamente, sendo considerado hipótese de extraterritorialidade.²⁶

Como antes exposto, o Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira (LEPLAC), teve por objetivo determinar o limite da Plataforma Continental brasileira além das 200 milhas. Essa propositura se demonstrava de grande interesse para a exploração de petróleo e gás do leito e subsolo de uma extensão de mais de 350 milhas (648 km), incluindo a inclusão de plataformas, como o Cone do Amazonas, cadeia Norte Brasileiro, cadeia Vitória, e Trindade, Platô de São Paulo e margem continental Sul. A nova área expandiria em 50% o território nacional, mas infelizmente houve por parte da CLPC, a indicação de que o Brasil reformulasse o pleito com nova proposta e novos limites, recuando a propositura em 20 a 35% do originalmente pedido, porém o que tudo indica, é que mesmo com a redução, o aumento da "Amazônia Azul" deverá ocorrer, aumentando assim, as chances de se encontrar novas reservas de petróleo nessa área.²⁷

24. *International Seabed Authority (ISA)*, a qual tem a função de organizar e controlar as atividades nos fundos marinhos visando a gestão dos recursos ali presentes.

25. E. Octaviano Martins, "Amazônia azul, pré-sal, soberania e jurisdição marítima".

26. E. Octaviano Martins. *Op.*, cit.

27. E. Octaviano Martins. "Amazônia Azul: Na eminência de expansão do território marítimo brasileiro."

Desde setembro de 2010, o Brasil tomou medida radical para o estabelecimento de sua soberania, e assim, estipulou através de resolução publicada pelo Diário Oficial, a proteção especial das áreas onde se encontram reservas consideráveis do pré-sal. Essa resolução estipula a incorporação de 238 mil quilômetros quadrados a plataforma continental, e que nenhuma empresa ou estado estrangeiro poderá explorar a plataforma continental sem autorização prévia do governo.²⁸ Tal medida também visa assegurar o investidor estrangeiro disposto a investir no setor petrolífero da camada pré-sal.²⁹

O Brasil retira do mar quase que a totalidade de seu petróleo, sendo hoje 85% da extração do petróleo por plataformas offshore, que perfuram a camada onde se localizam e os transportam no estado líquido, gasoso ou sólido para a superfície.³⁰ Sendo prospectado 1,6 milhões de barris por dia, totalizando ao final do ano, em torno de 35 bilhões de dólares.

Não é apenas no setor petrolífero que a Amazônia Azul possui grande relevância, mas também no setor pesqueiro, sendo considerado uma reserva de grande valor, tendo perspectivas que a produção cresça em 40% até 2020. Outro setor de grande relevância econômica nessa área é o da exploração dos recursos minerais, pois há cascalho e areia, além de minerais valiosos, ao exemplo do diamante, zircônio, iemenita e potássio, conforme o programa do Recursos Minerais da Plataforma Continental (Remplac).³¹

Por fim, cabe-se ressaltar também o interesse da ONU sobre a plataforma continental brasileira após sua ampliação. A ONU se prepara para impor uma cobrança de 7% de todo o explorado, que será cobrado em forma de royalties. Esses royalties incidirão sobre a área do pré-sal, localizada entre a extensão de 200 a 350 milhas. Segundo a ONU, este tributo internacional estaria previsto no art. 76 da CNUDM. Além do Brasil, o Canadá também discute a incidência desses royalties, pois ainda não há nada consolidado, não se sabe quem arcaria com a dedução do valor, se seria as companhias petrolíferas, o governo central ou os entes subnacionais.³²

A ilustração disposta no sítio do LEPLAC demonstra a extensão marítima da Amazônia Azul:

28. VEJA. Autor desconhecido, "Brasil amplia fronteira marítima pelo pré-sal".

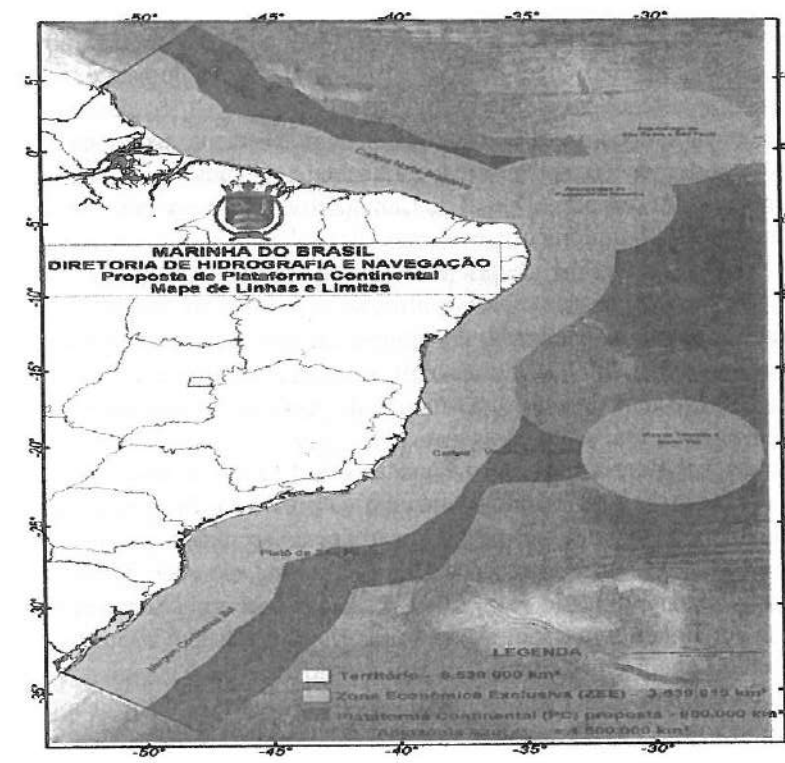
29. ESTADÃO. Autor desconhecido. "A nova fronteira marítima".

30. R. Coelho, "Entenda o que é Offshore".

31. ESTADÃO. Op., cit.

32. H. Gomes Batista. H. Oliveira. "ONU terá royalties em parcela do pré-sal brasileiro".

Ilustração 2



Fonte: LEPLAC, Marinha do Brasil.

4.2. Outras divergências em relação à soberania sobre a Plataforma Continental

Nota-se que a principal composição da Plataforma Continental são as rochas sedimentares, as quais formam o petróleo e gás natural, estando claro o interesse sobre essas áreas por parte do Brasil, sendo uma área extremamente estratégica de exploração pela Petrobrás. Porém, para que se tenha o tamanho de sua extensão é necessário um levantamento detalhado que envolve anos de planejamento do governo e investimento no uso de tecnologias, e é por isso que apenas a Rússia e o Brasil possuem o levantamento completo de suas plataformas continentais. Assim como o ocorrido ao pleito do Brasil, o pleito da Rússia também não foi aceito em sua totalidade, mas neste caso,

por incluir áreas marítimas pertencentes ao Ártico, que se encontram em constantes disputas entre EUA, Canadá, Dinamarca e Noruega.³³

Como forma de assegurar a soberania Russa aos recursos minerais presentes no Ártico, o país lançou uma bandeira russa ao fundo do mar, porém é meramente simbólico, além de ter gerado problemas diplomáticos com os países em questão, principalmente o Canadá.³⁴

O Canadá iniciou em 2006 o programa de mapeamento para identificar o limite exterior de sua plataforma continental, contando com o apoio da Dinamarca para mapear a Dorsal de Lomonosov, que se estende por aproximadamente 1.500 quilômetros no oceano Ártico entre as ilhas canadenses de Ellesmere e ilhas da Sibéria. Essa área está sujeita a constantes reivindicações dos países que possuem costas marítimas com o Ártico, mas o assunto se tornou crescente em detrimento do controle de navegação pela Passagem do Noroeste, que em 2007 se tornou livre pelo derretimento do gelo no verão, além das passagens de navios petroleiros de bandeira estadunidense sobre a área.³⁵

Especialistas acreditam que o Canadá poderá se tornar soberano de uma extensão no Ártico maior que o tamanho da província de Alberta, onde se encontram grandes reservas de hidrocarbonetos, podendo sua plataforma continental atingir uma extensão de 1.750.000 km², de onde 750.000 km² são da porção marítima do Ártico.³⁶ Porém ainda encontra-se em discussão a relação do Canadá com os outros quatro Estados que também visam a ampliação de suas plataformas continentais sobre o Ártico, o que sugere que haverá a necessidade de um plano de partilha sobre essa área.³⁷

5. Alto Mar

O alto mar, também chamado de águas internacionais, é conceituado pela CNUDM, em seu art. 86, como sendo todas as partes do mar não incluídas na zona econômica exclusiva, mar territorial ou águas interiores de um Estado, ou arquipelágica de um Estado arquipélago. Dessa forma, temos que o alto mar compreende toda porção do mar que não está sob jurisdição de nenhum Estado costeiro, estando aberto tanto para os países costeiros, como aqueles que não possuem saída para o mar, conforme dispõe o art. 87 da CNUDM.

33. J.E. Credendio, C. Angelo, "Brasil amplia a fronteira marítima da área do pré-sal".

34. J.E. Credendio, C. Angelo. *Op.*, cit.

35. A. Pereira da Silva, "Brasil e Canadá na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar: Os esforços brasileiros e canadenses para aumentarem suas plataformas continentais".

36. Fisheries and Oceans Canada.

37. A. Pereira da Silva. *Op.*, cit.

A CNUDM estabelece, em seu art. 87, um rol de liberdades sobre o qual os Estados com litoral ou sem-litoral podem exercer sobre essa área. Esse artigo é regido pelo "princípio da liberdade do alto-mar. Essas liberdades são: a liberdade de navegação; a liberdade de sobrevoo; a liberdade de colocar cabos e ductos submarinos, em conformidade com os termos previstos na parte VI; liberdade de construir ilhas artificiais e outras instalações permitidas pelo direito internacional, igualmente de acordo com a parte VI; liberdade de pesca, em conformidade com o estabelecido na seção 2 da parte VII; liberdade de investigação científica, nos termos das partes VI e XIII da referida convenção.

Outro princípio que rege o direito do mar aplicado às águas internacionais é o princípio do uso pacífico, que dispõe em seu art. 88: "O alto mar será utilizado para fins pacíficos". E em seu art. 89, deixa claro a ilegalidade de se reivindicar a soberania sobre as águas internacionais, conforme interpretação do texto: "Nenhum Estado pode legitimamente pretender submeter qualquer parte do alto mar à sua soberania". Nos artigos seguintes a CNUDM trata do direito à jurisdição do Estado sobre os navios que possuam sua bandeira e que naveguem por essa área, conforme arts. 91 a 94.

A convenção também se encarregou de enumerar em seus artigos diversas imunidades e deveres os quais os Estados devem respeitar e atuar de forma ativa a repreender específicas ações, afinal, como é sabido, o Estado não tem o poder de controlar atividades ilícitas em águas internacionais usando sua própria jurisdição. Tem-se como exemplo a imunidade dos navios de guerra em alto mar (art. 95) e imunidade dos navios utilizados unicamente em serviço oficial não comercial (art. 96), e, como deveres, o de prestar assistência de pessoas em perigo (art. 98), o de impedir o transporte de escravos (art. 99), o dever de inibir a pirataria (art. 100), o dever de repreender o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (drogas) (art. 108), e por último o dever de tomar medidas e cooperar com outros Estado a fim de conservar os recursos vivos marinhos, preservação ambiental (art. 117).

5.1. Situação dos Recursos Minerais e Energéticos (Petróleo e Gás Natural) em águas internacionais

A CNUDM traz uma parte específica em relação aos recursos localizados no alto mar, passando a se referir sobre a mesma como a "Área", exposta através do art. 133, o qual disserta sobre os recursos minerais sólidos, líquidos ou gasoso situados nas águas internacionais, em seu leito ou subsolo, que após extraídos recebem a denominação de "minerais".

Devido ao alto risco de poluição da atividade de exploração mineral, a Convenção resolveu assegurar a proteção do meio ambiente, sob a égide do princípio da proteção do meio marinho, devendo se levar em consideração medidas a fim de assegurar a proteção do meio marinho contra as consequências da extração dos recursos minerais, como o petróleo e gás. Dessa forma, caberia às empresas respeitar os dispositivos da Convenção a fim de não desenvolver atividades ilegais ou em desconformidade com a mesma.³⁸

O intuito de preservação das águas, criado pela preocupação com o futuro devido ao aumento acelerado de tecnologias que possibilitariam a extração de petróleo e gás da Área, foi exposto também na figura do art. 145 da Convenção, onde estabelece que as empresas deverão prevenir, reduzir e controlar a poluição e outros perigos para o meio marinho resultante de diversas atividades, além de ter o dever de proteger e conservar os recursos naturais da área e prevenir a flora e a fauna do meio marinho.

A presente Convenção tenta aplicar os princípios da precaução e prevenção (o segundo visa prevenir danos quando as consequências da realização de determinado ato são conhecidas, o nexo causal já foi comprovado, já o princípio da precaução é utilizado quando não se conhece, ao certo, quais as consequências do ato determinado), uma vez que as atividades de exploração e produção de minerais e petróleo seriam de risco global e de alto potencial poluidor e qualquer acidente resultaria em catástrofes ambientais de difícil reparação. Cabe-se ressaltar também a difícil responsabilização do causador do dano ambiental, pois restaria a discussão se seria somente a empresa a responsável, ou, também o Estado a que a empresa estrangeira pertence.³⁹

O setor petrolífero *offshore* e minerário, ao adentrar na exploração de petróleo da "Área", estará explorando recursos que são patrimônio comum da humanidade, conforme exposto no art. 136, ou seja, não poderá nenhum Estado reivindicar soberania sobre as áreas onde esses recursos se situam.

Também se estabelece que as atividades desempenhadas devem se converter em benefício da própria humanidade em geral, não tendo distinção entre os Estados, mas dirigindo especificamente os recursos aos Estados em desenvolvimento e dos povos que não tenham alcançado a plena independência ou outro regime de autonomia que seja reconhecido pelas Nações Unidas, conforme redação do art. 140.

38. P.L. de Moura Soares, "A tutela constitucional da exploração de petróleo em águas internacionais em face do princípio do desenvolvimento sustentável: a possibilidade de responsabilização civil do dano futuro".

39. P.L. de Moura Soares. *Op., cit.*

Quando se entra no quesito da prospecção, exploração e aproveitamento dos recursos presentes na área, percebe-se que apesar de existir a legislação para normatizar tal atividade, ainda não há no plano fático uma aplicação consolidada dessas normas, uma vez que a tecnologia ainda se encontra em constante avanço para atingir essas áreas e reduzir as fronteiras que ainda existem à exploração desses recursos.

A exploração mineral se desenvolve cada vez mais para atingir o desafio de explorar e produzir em águas profundas e ultra profundas, seja nos campos marítimos localizados na plataforma continental, seja para atingir futuramente as profundidades do abismo do alto-mar.⁴⁰

A CNUDM em seu art. 1º do Anexo III, já expõe que os direitos sobre os minerais serão transferidos no momento de sua extração, seguindo os preceitos expostos pela convenção, ou seja, sendo transferido os direitos sobre tais recursos no ato da extração. O art. 2º expõe a cerca da prospecção, cabendo a Autoridade cuidar da prospecção na área, estabelecendo que só seria permitir uma vez que a Autoridade tiver recebido um termo de compromisso em cumprir o exposto pela convenção, normas, regulamentos e procedimentos da Autoridade, além de cooperar com a investigação científica (art. 143), transferência do conhecimento científica (art. 144) e proteção do meio marinho.

A prospecção é a atividade que tem por finalidade detectar as reservas de petróleo, gás natural e jazidas minerais, utilizando-se de estudos geofísicos, para que seja possível a análise do subsolo como forma de identificar a existências de recursos minerais e sua viabilidade econômica.⁴¹ Para a Convenção, o ator de prospecção não conferiria ao prospector direito sobre os recursos, podendo apenas retirar quantidades suficientes para investigação científica (art. 2º, 2).

A Convenção, em seu art. 3º, estabelece que a exploração e aproveitamento dos recursos minerais dependem de prévia requisição da Empresa⁴², Estados partes e demais entidades à Autoridade, com os planos de trabalho e a atividade a se desempenhar. Assim também é exposto o procedimento para se requisitar a área de exploração e suas específicas fases, estabelecendo que o plano de trabalho exposto condiz com os direitos cedidos, sendo assim, se apenas uma fase de exploração ou aproveitamento é requisitado, se aprovado, se cederá exclusivamente os direitos conferidos sobre aquela fase. O art.

40. PETROBRAS. "Exploração e Produção de Petróleo e Gás".

41. R. Gonçalves. "Introdução à Engenharia de Petróleo". Apostila UNISUAM.

42. A Empresa (*Enterprise*) é o órgão da Autoridade pela qual exercerá diretamente as atividades na área, bem como o transporte, o processamento e a comercialização dos minerais extraídos da área. Vide art. 170º, da CNUDM.

4º se refere aos requisitos e classificações necessárias do requerente, ao exemplo de um dos requisitos ser o requerente patrocinado pelo Estado parte do qual seja nacional, a menos que tenha várias nacionalidades, tendo assim, que todos Estados em causa sejam patrocinadores do pedido. E dessa forma, responsabilizando os Estados a assegurar que o patrocinado exerça, nos termos do art. 139º, a atividade na área em conformidade com o contrato e obrigações da Convenção.

Os planos de trabalho serão avaliados pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, que tem por finalidade o objetivo de proteger o meio marinho e regulamentar as atividades desenvolvidas e a gestão de recursos na Área, sendo esse planos analisados pela ordem em que são recebidos, constando se há todos os requisitos e se foi cumprido o procedimento do peticionário. Também há a previsão de que os Estados partes patrocinadores devem estar em proporcionalidade no plano de trabalho apresentado por uma associação ou consórcio, não sendo permitido que um Estado parte ou entidade ou pessoas por ele patrocinadas monopolizem o desempenho da atividade na área, ou que possam impedir que outros Estados partes realizem sua atividade na área (art. 6º).

Segundo o art. 7º da CNUDM, em relação a seleção de requerentes de autorizações de produção, goza de prioridade os requerentes que ofereçam as maiores garantias de execução da atividade, considerando sua capacidade financeira e técnica, ou caso já tenham desempenhado outros trabalhos que tenham sido aprovado, a forma como o tenham desempenhado. Goza de mesma prioridade, aqueles que já tenham investido recursos e esforços na prospecção ou exploração e aqueles que ofereçam à Autoridade a agilidade do retorno financeiro, ou seja, a possibilidade de obter benefícios financeiros rápidos. Terão também prioridade, aqueles Estados que nunca tenham sido selecionados, e a seleção ocorrerá da forma mais igualitária, com o intuito de se abrir novas oportunidades aos Estados partes, independente de seu sistema social, econômico e geográfico.

No que diz respeito à reserva de área, o pedido apresentado pela Empresa ou outras entidades ou pessoas, deve permitir pelo menos duas operações de mineração na área reservada, podendo ser contínua ou não (art. 8º). A Empresa tem a liberdade de decidir se aproveitará as áreas por meio de empreendimento com o Estado, entidade ou pessoa interessada, apresentando o plano de trabalho a ser avaliado pela Autoridade, sendo necessário que tenha efetiva participação dos empreendedores na atividade (art. 9º). O plano de trabalho deve condizer com a capacidade financeira e técnica da Empresa que

realizará atividades nessa área, sendo necessário a prova da capacidade para tanto.

Além do antes exposto, a convenção também abarcou diversos temas como o direito exclusivo de exploração e aproveitamento, onde só o operador poderá realizar a atividade nessa área aprovada pelo plano de trabalho, não podendo outra entidade interferir; a estipulação da dimensão das áreas reservadas pelo grau de desenvolvimento da tecnologia disponível para satisfazer a exploração da área; a duração da operação; a possibilidade de renúncia da área e produção comercial (art. 16).

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O corpo normativo da legislação vigente e da convenção em torno do tema abordado ainda se encontram em sua fase de desenvolvimento e análise das prerrogativas para sua aplicação, apenas aguardando sua melhor manifestação no campo fático com a expansão tecnológica do setor e habitualidade de seu uso. Isso torna contudo, o estudo futuro, dando a impossibilidade de afirmar com certeza seus métodos de aplicação, dependendo não somente da questão jurídica, mas também política e econômica da exploração e produção dessas áreas, pois depende do interesse do Estado e empresas, e assim, do interesse financeiro do investimento.

As questões relacionadas à exploração e produção do petróleo e gás em águas internacionais, já se encontram em parte pacificadas, devido ao atendimento parcial do pleito feito à ONU para o alargamento das áreas marítimas referentes a plataforma continental brasileira, confirmando assim, a soberania brasileira sobre grande parte dessas jazidas localizadas no prolongamento da plataforma continental brasileira que antes eram interpretadas como águas internacionais, compondo assim, a Amazônia Azul. Aguarda-se também a manifestação da ONU frente a reforma da petição da pequena porção negada no primeiro pleito para o alargamento das iniciais 200 milhas marítimas.

Entende-se que a partir da previsão da prospecção, exploração e produção mineral na Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, possa utilizar de certa analogia e equiparação para a aplicação das normas na ocorrência da prospecção, exploração e produção de petróleo e gás em áreas onde não se exerça soberania de nenhum Estado, tendo em vista a ausência de tal previsão em casos de descoberta de petróleo e gás em alto mar.

Geologicamente, as chances de existência de petróleo em alto mar é ínfima, uma vez que o petróleo se forma na plataforma continental e não nos

abismos da planície abissal, apesar de que a discussão decorre no âmbito jurídico, onde conceitua o alto mar as áreas onde não se encontram sob soberania de nenhum Estado, ou seja, águas internacionais.

Também resta estabelecer como será a fiscalização dessa atividade na imensidão oceânica e a quem caberia esse ônus, devendo levar em consideração o alto risco de dano ao meio ambiente no desempenho dessa atividade, podendo atingir escalas irreparáveis, surgindo a necessidade da responsabilização do culpado, que é de difícil identificação, pois não se sabe a quem caberia os custos estratosférico, se a um Estado ou à uma empresa em específico.

Dependerá, então, do decorrer do fato concreto e do desenvolver do setor petrolífero e minerário para posteriormente se estabelecer como será o procedimento legal no desempenho dessa atividade, permanecendo a esperança de que parte da renda auferida pela exploração e produção petrolífera e minerária se converta para o desenvolvimento da humanidade, como um bem de todos, conforme preceitua a Convenção de Montego Bay.

Esta, pelo fato de ser um texto amplamente aceito pela comunidade internacional, e, por ser, acima de tudo, a codificação de direitos marítimos de forma compatível à realidade do século XX (já que tornou-se consensual na década de 1980), foi extremamente enfatizada ao decorrer do artigo.⁴³ Nota-se a importância dessa Convenção para o âmbito diplomático e para a obtenção de relações mais harmônicas entre os atores internacionais no que tange aos aspectos marítimos - os quais estão envolvidos por interesses econômicos e militares - afinal, a convenção trouxe contribuições excepcionais no âmbito jurisprudencial, pois, como já descrito, é de aplicação universal.⁴⁴

V. REFERÊNCIAS

A.J. Dalla Costa; E.R. Souza Santos. *Exploração das reservas petrolíferas do pré-sal, papel da Petrobras e os novos marcos regulatórios*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/ret/article/viewFile/27112/18051>>. Acesso em: 24 abril 2015.

A. Meira Mattos. *Reflexões sobre direito internacional e relações internacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 11-39.

A. Pereira da Silva. *Brasil e Canadá na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar: Os esforços brasileiros e canadenses para aumenta-*

43. A. Meira Mattos. "Reflexões sobre direito internacional e relações internacionais" p. 11-39.

44. V. Marotta Rangel. "Direito e relações internacionais". p. 72-105.

rem suas plataformas continentais. Disponível em: <<http://www.anaisabecan2011.ufba.br/Arquivos/Silva-Alexandre.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2015.

ESTADÃO. *A nova fronteira marítima*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,a-nova-fronteira-maritima,608963,0.htm>>. Acesso em: 24 abril 2015.

E. Octaviano Martins. *Amazônia Azul: Na eminência de expansão do território marítimo brasileiro*. Disponível em:

<<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1398/1371>>. Acesso em: 25 abril 2015.

E. Octaviano Martins. *Amazônia azul, pré-sal, soberania e jurisdição marítima*. Disponível em:

<http://www.oab.org.br/editora/revista/Revista_06/anexos/Amazonia_azul.pdf>. Acesso em: 02 maio 2015.

Fisheries and Oceans Canada. Disponível em: <http://www.dfo-mpo.gc.ca/international/media/bk_unclos-eng.htm>. Acesso em: 12 maio 2015.

F. Mendonça Oliveira. *Mar territorial e zona contínua*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/mar-territorial-e-zona-contigua/5821/>>. Acesso em: 25 abril 2015.

H. Batista Gomes, H. Oliveira. *ONU terá royalties em parcela do pré-sal brasileiro*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/onu-tera-royalties-em-parcela-do-pre-sal-brasileiro-6173114>>. Acesso em: 26 abril 2015.

International Tribunal for the law of the Sea. Disponível em: <<https://www.itlos.org>>. Acesso em: 10 maio 2015.

J.E. Credendio, C. Angelo. *Brasil amplia a fronteira marítima da área do pré-sal*. em: Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me0609201002.htm>>. Acesso em: 26 abril 2015.

R. Coelho. *Entenda o que é Offshore*. Disponível em: <<http://jornalcanal16.com/entenda-o-que-e-o-offshore/>>. Acesso em: 26 abril 2015.

R. Gonçalves. *Introdução à Engenharia de Petróleo*. Apostila UNISUAM.

L. Horta Nogueira, (2002). *Produção e Processamento de Petróleo e Gás Natural no Brasil: Perspectivas e Sustentabilidade nos Próximos 20 anos. Conferência sobre Sustentabilidade na Geração e Uso de Energia no Brasil: Os Próximos Vinte Anos*. Campinas: Unicamp.

<www.cgu.rei.unicamp.br/energia2020/hortanogueira.pdf> .

LEPLAC. Marinha do Brasil. Disponível em:

<<https://www.mar.mil.br/secirm/leplac.htm>>. Acesso em: 25 abril 2015.

LEPLAC. Marinha do Brasil. Disponível em:

<http://www.mar.mil.br/dhn/dhn/ass_leplac.html>. Acesso em: 25 abril 2015.

M.D.Varella. *Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 212-217.

O. Piva. *Plataforma Continental Brasileira e Zona Econômica Exclusiva: Amazônia Azul*. Disponível em: <http://www.pivaadvogados.adv.br/webcontrol/upl/e_80_1.pdf>. Acesso em: 02 maio 2015.

PETROBRÁS. BRASIL. *Exploração e Produção de Petróleo e Gás*. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/atividades/exploracao-producao-petroleo-gas/>>. Acesso em: 02 maio 2015.

P.L. Moura Soares. *A tutela constitucional da exploração de petróleo em águas internacionais em face do princípio do desenvolvimento sustentável: a possibilidade de responsabilização civil do dano futuro*. Disponível em: <http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/1/9904/1/PedroLMS_DISERT.pdf>. Acesso em: 02 maio 2015.

J.R. Carvalho Souza. *Estudo sobre mar territorial, zona contígua e zona econômica exclusiva*. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2483/estudo_mar_souza.pdf?sequence=>>. Acesso em: 05 maio 2015.

R. Baptista Zanin. *O Direito do Mar e a Legislação Brasileira: A influência da Convenção de Montego Bay na Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-083-Artigo_Renata_Baptista_Zanin_\(O_Direito_do_Mar_e_a_Legislacao_Brasil_eira\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-083-Artigo_Renata_Baptista_Zanin_(O_Direito_do_Mar_e_a_Legislacao_Brasil_eira).pdf)>. Acesso em: 05 maio 2015.

R. Orlandini. *Mar territorial brasileiro: 200 ou 12 milhas?* Disponível em: <http://www.ricardoorlandini.net/comentarios/ver/29310/mar_territorial_brasileiro_200_ou_12_milhas>. Acesso em: 02 maio 2015.

VEJA. Autor desconhecido. *Brasil amplia fronteira marítima pelo pré-sal*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/brasil-amplia-fronteira-maritima-pelo-pre-sal>>. Acesso em: 05 maio 2015.

V. Marotta Rangel. *Direito e relações internacionais*. 8. ed. São Paulo: RT, 2005.

W. Bento Ferreira Neto. *O Direito do Mar e a fronteira marítima brasileira*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17519/o-direito-do-mar-e-a-fronteira-maritima-brasileira>>. Acesso em: 26 abril 2015.

DIÁLOGOS EN DERECHOS HUMANOS DE LA UNIÓN EUROPEA, ¿UNA OPORTUNIDAD PARA LATINOAMÉRICA?

Asier SANTILLÁN LUZURIAGA*

RESUMEN: Desde el año 2008, la Unión Europea (UE) ha puesto en marcha una serie de diálogos en derechos humanos con diferentes países Latinoamericanos, poniendo en práctica las Directrices de la UE relativas a los diálogos sobre derechos humanos con terceros países aprobadas en 2001 y revisadas el 19 de enero de 2009. Este artículo, en particular, tras analizar algunas cuestiones respecto a los compromisos y obligaciones en derechos humanos recogidos en los tratados fundacionales de la UE, incluye un examen sobre el Derecho Internacional Humanitario, el Tratado de Lisboa y las Directrices, concluyendo con un examen práctico de los diálogos bilaterales con México y Colombia. Con todo ello, se buscará obtener una secuencia de conclusiones y recomendaciones que respondan a la pregunta de si los diálogos de la UE son o no son una oportunidad para Latinoamérica.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Diálogos, Latinoamérica.

ABSTRACT: Since 2008, the European Union (EU) have been implementing a series of Human Rights Dialogues with several Latin-American countries, putting in practice the EU Guidelines on Human Rights dialogues with third countries approved in 2001 and reviewed on 19 January 2009. This article, in particular, after analysing the EU commitments and obligations on human rights stated in its foundational treaties, includes and examination regarding the International Humanitarian Law, the Lisbon Treaty and the Guidelines, concluding with a practical examination of the bilateral dialogues in Mexico and Colombia. Aiming at obtaining a sequence of conclusions and recommendations that answer the question of being or not the EU dialogues an opportunity for Latin-America.

Fecha de recepción del original: 31 de mayo de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 10 de septiembre de 2015.

* Antiguo Director en Funciones del Departamento de Derechos Humanos y Justicia de la Misión de OSCE en Kosovo. Doctorando en Derecho Internacional Público, Universidad Nacional de Educación a Distancia.

KEYWORDS: European Union, Human Rights, International Humanitarian Law, Dialogues, Latin-America.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Unión Europea, Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. III.- Unión Europea y Derecho Internacional Humanitario. IV.- El Tratado de Lisboa. V.- Directrices de la UE sobre el diálogo en materia de derechos humanos con los terceros países – Actualización 2009. VI.- Aplicación práctica en Colombia y México. 1. Colombia. 2. México. VII.- Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 9 de septiembre de 2015, la Unión Europea (UE) y Cuba celebraron en el marco de su quinta ronda de negociaciones para un Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación, una nueva reunión en La Habana, donde el papel de la sociedad civil, los derechos humanos y la buena gobernanza fueron el centro de la discusión. Esta fue la primera ronda de negociaciones tras el restablecimiento de relaciones diplomáticas entre los Estados Unidos de América (EE.UU) y Cuba el pasado 20 de julio de 2015¹, por lo que, tanto el contenido de las negociaciones, los derechos humanos, como su contexto post-20 de julio, facilitó una cobertura mediática del evento que no suelen tener otros diálogos similares en la región.

Los últimos cambios ocurridos en Cuba dieron paso a la apertura de negociaciones entre ambas partes en La Habana el 29 de abril de 2014², buscando sustituir la Posición Común 96/697/PESC³ de la UE hacia Cuba, una política restrictiva impuesta en 1996 que condiciona las relaciones con la isla a avances democráticos y en materia de derechos humanos⁴; siendo esta reunión la continuación de la primera reunión del Diálogo de Alto Nivel sobre Derechos Humanos entre Cuba y la UE, ocurrida el 25 de junio de 2015⁵. Un

1. <http://eleconomista.com.mx/internacional/2015/09/09/ue-cuba-buscan-normalizar-relaciones>.

2. <http://www.ictsd.org/bridges-news/puentes/news/cuba-acepta-invite%C3%B3n-de-la-ue-para-negociar-un-acuerdo-bilateral>.

3. POSICIÓN COMUN de 2 de diciembre de 1996 definida por el Consejo en virtud del artículo J.2 del Tratado de la Unión Europea, sobre Cuba (96/697/PESC), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996E0697&from=EN>.

4. En base a la misma, por ejemplo, la UE, en 2003, había suspendido la cooperación con la isla tras el encarcelamiento de 75 disidentes cubanos (ya liberados, los últimos en 2011). <http://eleconomista.com.mx/internacional/2015/09/09/ue-cuba-buscan-normalizar-relaciones>

5. <http://www.eluniversal.com/internacional/150625/cuba-y-la-union-europea-abren-dialogo-sobre-ddhh>.

mecanismo, regido por las directrices para el Diálogo en Derechos Humanos con terceros países de 2001 (puesta al día en 2009) y que vamos a revisar en este artículo⁶.

La UE tiene actualmente unos 40 diálogos en derechos humanos con actores tan diversos como China, Turkmenistán o Sudáfrica⁷, en los que se tratan cuestiones como la abolición de la pena de muerte, la firma y ratificación de instrumentos jurídicos sobre derechos humanos, la cooperación a nivel del Consejo de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, el combate a la tortura o los derechos de la infancia, mujer o lucha contra la discriminación⁸.

En lo que respecta a Latinoamérica, la UE tiene Diálogos de Alto Nivel sobre Derechos Humanos activos con Brasil, Chile, Colombia, México y ahora con Cuba⁹. Pero lo que en general podría ser considerado positivo, puede correr el riesgo de ser considerado una forma más de imperialismo suave o “*soft-imperialism*”¹⁰ si no se conoce su razón de ser o funcionamiento.

6. Directrices de la UE relativas a los diálogos sobre derechos humanos con países no europeos, de 2001 (revisadas en 2009). Disponibles en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:r10115&from=EN>.

7. http://eeas.europa.eu/human_rights/dialogues/index_en.htm.

8. *Ibid.*

9. Situación que no significa que no exista diálogo en derechos humanos con otros países de la región. Por ejemplo, en el marco de acuerdos bilaterales o en proceso regionales como el Diálogo de San José, la entonces Comunidad Europea acordó la apertura de diálogos políticos, entre otros en derechos humanos, con las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá (ver el Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, por otra de 2003 http://eeas.europa.eu/ca/pol/pdca_12_03_es.pdf). Situación que se repite en el Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Comunidad Andina y sus países miembros, las Repúblicas de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y la República Bolivariana de Venezuela, por otra parte, también de 2003 (http://eeas.europa.eu/delegations/ecuador/documents/eu_ecuador/pol_eu-ecuador_001_es.pdf). Finalmente, el diálogo con Argentina recogido en el Programa de Trabajo Argentina – Unión Europea 2010-2013 pareciera estar en stand by. (http://eeas.europa.eu/delegations/argentina/documents/eu_argentina/programa_de_trabajo_es.pdf).

10. Como apuntan Molano Cruz y Hette y Söderbaum, en Latinoamérica “está abierto el debate sobre cómo es percibida y qué hace la UE, pues (con) una agenda liberal la política exterior de la UE también puede ser interpretada como soft-imperialism. En perspectiva comparada con Estados Unidos, la estrategia de economía política de la UE en Latinoamérica difiere más en la forma y menos en el contenido (...). Existe una brecha entre la auto-representación de la UE y las reacciones externas que suscita. Aunque es vista como un modelo de integración regional y contrapeso a Estados Unidos, en el mundo la UE también es conocida como un actor neo-liberal, un poder económico proteccionista, una fuerza marcada por sus propios intereses de seguridad...”, con percepciones históricas “desde imágenes negativas de opresor, colonizador, fortaleza cerrada al

to¹¹, ni se percibe como una oportunidad para ambas partes. ¿Son los Diálogos en Derechos Humanos una oportunidad para Latinoamérica o una imposición europea? ¿En qué contexto se enmarcan? ¿De dónde surgen? ¿Hacia dónde podrían ir?

II.- UNIÓN EUROPEA, DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

La promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como el desarrollo y la consolidación de la democracia, son objetivos principales hoy de las políticas exteriores de la UE¹² y se han figurado por décadas ya en los contratos y acuerdos políticos con terceros países; aunque no siempre ha sido así. Por tanto, para entrar en contexto, vamos a revisar la evolución histórica de los mismos al interior de las instituciones europeas y concretamente en relación a su política exterior, haciendo énfasis además tanto

comercio y la inmigración, hasta roles positivos de modelo a seguir, modelo de desarrollo, utopía...". G. Molano Cruz, "La Unión Europea: un actor global", *Mural Internacional*, V.5 N.2 (2014), pp. 118-127; J. Grugel, "New Regionalism and Modes of Governance – Comparing US and EU strategies in Latin America", *European Journal of International Relations*, 10 (2004), pp. 603-626; S. Lucarelli & L. Fioramonti, *External Perception of the European Union as a Global Actor*, New York, 2010; A. Ribeiro Hoffmann, "Entre la política del poder y la utopía: una perspectiva brasilera sobre el papel internacional de la Unión Europea" *Aldea Mundo Revista sobre Fronteras e Integración*, 29 (2010), pp.9-18; S. Santander, "The European group-to-group dialogue with Mercosur: a relationship based on strategic and neoliberal principles" 27/3 *Journal of European Integration*, (2005), pp. 285-306; B. Hetne and F. Söderbaum, "Civilian Power or Soft Imperialism? The EU as a Global Actor and The Role of Interregionalism", *European Foreign Affairs Review*, 4, (2005), pp. 535-552.

11. Así, solamente anotar que dentro de la misma UE existe la preocupación de que el aumento del número de objetivos de la política exterior europea, así como de las cláusulas estándar que los acuerdos bilaterales con terceros países han de tener, quizás lleguen a diluir la cuestión de los derechos humanos y la democracia, minimizando su impacto. Cada vez es más difícil defender los derechos humanos y la democracia a la vez que se defienden los intereses económicos, el acceso a nuevos mercados, la seguridad internacional, la diversificación de las provisiones de energía o por ejemplo el medio ambiente y el cambio climático. Adicionalmente quedará la cuestión de la "Coherencia", pues el número de actores a nivel internacional se ha multiplicado, como se ha multiplicado el número de miembros de la UE y los intereses que estos defienden. Por lo tanto, otra preocupación de la UE será el cómo mantener un nivel de coherencia importante, reflejándose en la necesidad de garantizar que los mensajes de la UE y de todos los Estados miembros de cara al exterior no sólo sean los mismos, sino que se envíen con la misma contundencia. Cfr., "The promotion of human rights in the context of external policies", *External Relations Group of Commissioners*, 24th meeting, EC, CG3(2007)34/2, 14 de mayo de 2007.

12. *Ibid.*

en el Derecho Internacional Humanitario (DIH) como en las modificaciones del Tratado de Lisboa¹³.

Tradicionalmente, los derechos humanos eran una cuestión entre individuos y sus propios Estados, pero tras el fin de la II Guerra Mundial los derechos humanos se van convirtiendo en una cuestión importante del Derecho internacional¹⁴. Concretamente, en lo que respecta a la UE, cuando los Estados miembros de la Comunidad Europea deciden en septiembre de 1970 coordinar sus políticas exteriores a través de la Cooperación Política Europea (CPE), éstos tuvieron que enfrentarse a los distintos puntos de vista e intereses diversos de cada uno de ellos en la arena internacional. Gran Bretaña, Francia o Alemania son todavía algunos de los países con mayor influencia a nivel internacional y coordinar sus intereses, muchas veces contrapuestos, nunca ha sido tarea fácil. No obstante, y en ausencia de una identidad europea homogénea, en el contexto de la Guerra Fría, los Estados miembros tuvieron que identificar una serie de "valores comunes, extraídos del proceso

13. Denominado oficialmente Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que en este texto será mencionado tanto como Tratado de Lisboa o como Lisboa simplemente y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

14. R. Müllerson, *Human Rights Diplomacy*, Nueva York, 1997, p. 1; y Como afirma C. Escobar Hernández en "Protección de los Derechos Humanos (I)" en M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 2013.: "(A) partir de la segunda mitad del siglo XX", han hecho su aparición 'un conjunto de normas dedicadas a la protección internacional del individuo a las que, de modo convencional, se agrupa bajo la categoría genérica de "Derecho Internacional de los Derechos Humanos"... siendo su principal rasgo distintivo, "la consideración del individuo y su dignidad como un valor autónomo de la Sociedad Internacional que, por tanto, se convierte en un bien jurídico protegible en sí mismo por el Derecho Internacional, con independencia de la condición o circunstancias en que se encuentre el particular objeto de protección. De tal forma que la garantía del disfrute efectivo de los derechos humanos se convierte en el objetivo inmediato y único de los sistemas de protección". "Este nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos... ha producido la superación del viejo principio de la competencia exclusiva del Estado y su sustitución por una nueva concepción que define a los derechos humanos como materia de interés internacional. En virtud de esta nueva concepción se establece un modelo de cooperación entre ordenamientos jurídicos que al tiempo que reconoce una competencia primigenia y directa al Estado para establecer mecanismos propios de protección y promoción, define la competencia de la Comunidad Internacional para adoptar normas en dicho ámbito o –incluso– para establecer sistemas internacional de control y fiscalización del comportamiento estatal". Adicionalmente, si nos centramos en el continente europeo, hay que afirmar que el trabajo del Consejo de Europa ha sido cuando menos fructífero a la hora de crear obligaciones a sus miembros en cuestiones como los derechos civiles y políticos, o más concretamente en cuestiones referidas a las minorías, particularmente mediante la aprobación de la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias en 1992 y del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales en 1995, documentos ambos ratificados por la mayor parte de los Estados Miembros de la UE.

de integración europea, que pudieran servir como base a la coordinación de la política exterior”¹⁵. Por lo que incluyeron en la Declaración de Copenhague sobre la Identidad Europea en 1973, considerada la verdadera carta fundacional de la CPE, la significativa afirmación de que los Estados miembros se comprometen a defender los principios de “representación democrática, estado de derecho, justicia social y respeto a los derechos humanos”. Postura que además se ratificará en la práctica de la CPE, pues en los años inmediatamente posteriores a la creación de ésta, se presentarán una serie innumerable de informes y declaraciones en los que los Estados miembros reiterarán su adhesión a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, el respeto al Derecho internacional, los derechos humanos y la democracia¹⁶.

En el Derecho internacional clásico, principios como la inviolabilidad de la soberanía estatal o la no injerencia en los asuntos internos y eran vistos como garantes del orden internacional y la coexistencia de los Estados. Sin embargo, en la Comunidad Económica Europea (CEE) esos principios comienzan a resquebrajarse y se produce una cesión de soberanía a unos organismos internacionales con la convicción de que la interacción mutua tanto en asuntos internos como externos, basada en la transparencia, apertura e interdependencia, garantizará un futuro más seguro y próspero¹⁷. Argumento que con el tiempo se apuntalará en tres pilares: 1) los derechos humanos con la adhesión a la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH); 2) el fomento de la democracia, como requisito obligatorio para la entrada en la Comunidad; y 3) en el Estado de Derecho, garantizado por la independencia y supremacía legal del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)¹⁸.

15. T. King, “Human Rights in European Foreign Policy: Success or Failure for Post-modern Diplomacy”, *European Journal of International Law*, V. 10. N. 2, (1999), pp. 313-337.

16. Por ejemplo, en el seno de la Asamblea General de la ONU en 1975 se aprobó la entonces llamada “Declaración de los Derechos de los Impedidos” (A/RES/3447 (XXX)), la “Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes” (A/RES/3452 (XXX)), declaraciones sobre personas desaparecidas en Chipre, protección de los derechos humanos en Chile, etc.

17. La UE se basa de hecho en la atribución de competencias que hacen los Estados, según los esquemas clásicos del Derecho de las Organizaciones Internacionales. La UE no es un Estado y, por tanto, no puede tener competencias generales. Su competencia es funcional. Cfr. Mangas Martín y D. J. Liñán Nogueiras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid, 2014.

18. Independientemente, no hay que olvidar el papel jugado por el TJCE, quien ha construido una jurisprudencia que complementaría todo lo descrito hasta ahora. El TJCE por ejemplo, en la *Sentencia Stauder* (Sentencia de 12.11.1969, Stauder, 26/69, p. 419) afirmaría que “los derechos fundamentales de la persona están comprendidos dentro de los principios generales del Derecho Comunitario”; en la *Sentencia International Handelsgesellschaft* (Sentencia de 17.12.1970,

El AUE incluyó por primera vez en un Tratado la regulación de la cooperación política europea en materia de política exterior. No obstante, no es hasta el Tratado de la Unión Europea (TUE) de Maastricht¹⁹ cuando la UE nace, perdiendo la CEE la adjetivación de Económica, responsabilizándose de un papel político general en el proceso de la integración europea, en el cual los derechos humanos pasan a tener un papel cada vez más central.

Maastricht y su Título I recogerá así una serie de Disposiciones Comunes entre las que se encuentra el artículo F.2 (artículo 6.1 posteriormente) que hace una mención directa no sólo a los derechos fundamentales, sino también a los derechos humanos y a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (nuevos artículos 1 bis y 6 tras Lisboa). Implicando la ubicación de este artículo en el Título I, el abarcar a la totalidad del Tratado, o lo que es lo mismo, la sumisión de la UE por primera vez a esos valores y objetivos políticos generales, y en consecuencia, el que sus acciones internas y externas puedan ser contrastadas a la luz de esos principios.

El artículo 6.1 TUE (artículo 1 bis con modificaciones tras Lisboa) resumirá además que “(l)a Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y al Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”²⁰.

International Handelsgesellschaft, 17/70, p. 1135) “añadió que la protección de los derechos fundamentales “está inspirada en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros” y, por consiguiente, consolidó estos “principios” o “tradiciones” constitucionales comunes como fuente de inspiración”; y en la *Sentencia Nold* (Sentencia de 14.5.1974, *Nold*, 4/73, p. 491) aceptará como elemento de referencia “los instrumentos jurídico-internacionales de los que son parte los Estados miembros”, en especial el CEDH de 1950, al afirmar “que ‘los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, pueden facilitar, asimismo, indicaciones que es preciso tener en cuenta en el marco del Derecho Comunitario’”. A. Mangas Martín y Liñán Nogueiras, *op. cit.*, p. 556.

19. El TUE, Tratado de Maastricht o Maastricht, es junto al Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCE), el tratado fundacional de la Unión Europea. Firmado en la ciudad de Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

20. Redactado tras Lisboa el artículo 1 bis: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”. Ver: C. Escobar Hernández, “Los derechos humanos en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en VVAA., *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores: liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, 2005, 2005, pp. 115-133; “Unión Europea, democracia y derechos humanos”, en C. Escobar Hernández (coord.), *La Unión Europea ante el Siglo XXI: los retos de Niza. Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, 2003, pp. 25-50; y C. Escobar Hernández, “Los Derechos Humanos en el Proyecto de Constitución Europea: una breve nota introductoria”, en *Revista General de Derecho Europeo*, n° 3, (2004).

Posición que se verá reforzada tras las reformas de Ámsterdam ²¹ en 1997, pues al mismo artículo se le añadirá su párrafo segundo (artículo 6.2 TUE – modificado tras Lisboa para incluir la “adhesión” al CEDH al que se suma el nuevo artículo 6.3) que decía que “(l)a Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...), y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”. Que en el caso de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) ²², además, se reforzará con el artículo 11.1 del mismo TUE que incluye entre los objetivos del Título V “el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales” ²³.

Maastricht y Ámsterdam por lo tanto, constituyen la apertura de una nueva manera de hacer política en la Unión reforzada tras Lisboa ²⁴, en la que, con la aplicación de la llamada “cláusula democrática” ²⁵, se condiciona tanto

21. Tratado firmado el 2 de octubre de 1997 en la ciudad del mismo nombre, entró en vigor el 1 de mayo de 1999, tras haber sido ratificado por todos los Estados miembros de la UE, revisando el tratado de Maastricht.

22. La PESC es una estructura de cooperación en materia de política exterior creada por los Estados miembros, que nace jurídicamente diferenciada de las Comunidades Europeas, pero vinculada como ellas al objetivo de la prosecución de una Unión Europea. Surgida con el Tratado de Maastricht de 1992, la PESC es el fruto de una evolución del modelo de CPE de los años setenta.

23. Convertido tras Lisboa en el artículo 10 A que dice así: “1. La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional. La Unión procurará desarrollar relaciones y crear asociaciones con los terceros países y con las organizaciones internacionales, regionales o mundiales que compartan los principios mencionados en el párrafo primero. Propiciará soluciones multilaterales a los problemas comunes, en particular en el marco de las Naciones Unidas”.

24. De hecho, tras Maastricht y el nacimiento de la PESC en 1993, recordemos que la Declaración de Viena, posterior a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, establecerá que los derechos humanos son no solamente universales, sino también indivisibles e interdependientes y que ‘están relacionados entre sí; que su tratamiento debe ser en pie de igualdad y que todos tienen el mismo peso; que se deben tener en cuenta las particularidades nacionales y regionales; y que es deber del Estado promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales’ (cfr. W.G. Jiménez Benítez, *El enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas*, Bogotá, 2007). Aceptándose que desde entonces, más allá de la clasificación tradicional entre derechos humanos de primera o segunda generación, todos los derechos dependen los unos de los otros, estando tanto la lesión como la concreción de cualquiera, relacionado con los demás derechos.

25. Antecedente de la cual se podría considerar la cláusula recogida en el Convenio de cooperación de Lomé III (1985-1990) con los países ACP (Estados de África del Caribe y del Pacífico) que incorporará “explícitamente la consideración de la dignidad humana como un derecho inalienable

interna como externamente las políticas de la UE. La aplicación de la “cláusula democrática” a la acción exterior a su vez, determinará las relaciones de la UE con terceros Estados tanto *positiva* (promoviendo medidas de apoyo e incentivación de los derechos humanos) ²⁶, como *negativamente* (censurando políticamente, retirando ayudas, aprobando sanciones, etc.). Presencia de los derechos humanos que en el caso particular de “la acción exterior de la Unión reviste una clara dimensión *transpilar*, que exige la aplicación del principio de coherencia a las distintas actividades de la Unión en el plano internacional” ²⁷.

En el año 2000, en esta misma línea, el Consejo Europeo de Niza aprueba la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Carta que si bien entonces sólo tenía carácter *proclamatorio*, refuerza la política hasta entonces desarrollada. Cristalizándose más concretamente en la adopción por parte del Consejo de las Directrices de la UE con respecto a terceros países en lo que se refiere a la pena de muerte de 29 de junio de 1998; en las Directrices de la UE sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 9 de abril de 2001; en las Directrices de la UE sobre defensores de los derechos humanos de 2004; en un par de Directrices dirigidas a cuestiones

de cada ser humano, y la promoción de los derechos humanos, de carácter social, económico y cultural, como un objetivo de la cooperación ACP-CEE”. Situación que en lo que respecta a Latinoamérica se reflejará en el artículo 1 del Acuerdo Marco de Cooperación Comercial y Económica entre la CEE y la República Argentina de 1990 (“...se fundamentan en el respeto de los principios democráticos y los derechos humanos que inspiran las políticas internas e internacionales de la Comunidad y Argentina”), en el artículo 1 del Acuerdo Marco de Cooperación entre la CEE y la República de Chile, firmado el 20 de diciembre de 1990 (“...se basan en el respeto de los principios democráticos y de los derechos humanos...”) y en el Acuerdo Marco con Brasil, firmado a escasos meses de Maastricht en 1992 (“Las relaciones de cooperación entre la Comunidad y Brasil, y todas las disposiciones del presente Acuerdo, se basarán en el respeto de los principios democráticos y de los derechos humanos que inspiran las políticas interiores e internacionales tanto de la Comunidad como de Brasil, y que constituyen un elemento fundamental del presente Acuerdo”). M.C. Muñoz Rodríguez, *Democracia y derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea*, Madrid, 2010, pp. 107-127.

26. Un ejemplo práctico de esto último podría ser la aprobación por parte del Consejo de la UE en 1998 de la Resolución del Consejo sobre los pueblos indígenas y la cooperación al desarrollo de la comunidad y de los estados miembros, que recoge en su enunciado no solo la afirmación del reconocimiento de que pueblos indígenas son a menudo marginados y están ‘expuestos a reiteradas violaciones de derechos humanos’, sino también el reconocimiento de la importancia de la cooperación internacional para conseguir la observancia de estos derechos y el fomento de la democracia, además de apuntar que la preocupación por los pueblos indígenas se ha de integrar ‘como aspecto transversal en todos los niveles de la cooperación al desarrollo, incluido el diálogo político con países asociados...’.

27. C. Escobar Hernández, “Unión Europea, Democracia y Derechos Humanos”, en VV.AA: *XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI)*, Santander, 2001.

relacionadas con el DIH que veremos más adelante; y en las Directrices de la UE en materia de diálogo sobre derechos humanos de 13 de diciembre de 2001, sobre las que nos concentraremos más adelante.

Comprometiéndose de este modo la UE, a través de sus relaciones exteriores, a realizar toda clase de esfuerzos para promover la ratificación e implementación de los diferentes instrumentos internacionales que existen para la promoción de los derechos humanos, y más concretamente en relación a los derechos de la infancia y contra la pena de muerte, fomentando la realización de informes anuales sobre la situación de derechos humanos tanto a nivel interior como exterior. Adicionalmente, todo lo anterior dará lugar a la adopción de Decisiones como por ejemplo la 584 de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) de 2002²⁸ que prohíbe la devolución, expulsión o extradición de quien corra el riesgo de “ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”; o Posiciones Comunes como la PESC 444 de 2003²⁹, relativa a la Corte Penal Internacional (CPI); o la involucración de la UE en Misiones Electorales de Observación por todo el mundo³⁰.

III.- UNIÓN EUROPEA Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Siguiendo al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el DIH es el conjunto de normas que por razones humanitarias buscan *limitar los efectos de conflictos armados*³¹, protegen a personas que por diversas razones dejan de participar en las hostilidades, tanto a combatientes³² como a civiles, y res-

28. Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 (DO L 190 de 18.7.2002, p.1).

29. Posición Común 2003/444/PESC del Consejo de 16 de junio de 2003, relativa a la CPI (DO L 150 de 18.6.2003, p. 67).

30. Actividades y decisiones de promoción y defensa de estos valores que hoy en día, el público europeo en general, apoya sin lugar a dudas y que con la creación de una Agencia Europea para los Derechos Fundamentales en 2007, deberá traducirse entre otros en el refuerzo de la relación entre la promoción y defensa de estos tanto a nivel internacional como interno. Ver: The promotion of human rights in the context of external policies, *External Relations Group of Commissioners*, 24th meeting, EC, CG3(2007)34/2, 14 de mayo de 2007.

31. Frequently Asked Questions on International Humanitarian, Human Rights and Refugee Law in the context of armed conflict, *Inter-Agency Standing Committee Task Force on Humanitarian Action and Human Rights* (2004).

32. El I. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, es para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el II. Convenio de Ginebra, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, y la protección de los prisioneros de guerra está regulada en el III. Convenio de Ginebra de la misma fecha, sobre el trato debido a los prisioneros de guerra. *Derecho Internacional Humanitario* (Módulo), Diploma Universitario de Ayuda Internacional Humanitaria, Comisión Europea - ECHO (1994), p. 26.

tringen los usos y métodos de guerra³³. El DIH³⁴ también es conocido como el derecho de guerra o el derecho de los conflictos armados, aunque debe aclararse que no regula el *uso de la fuerza*, este aspecto del Derecho internacional está regulado básicamente por la Carta de las Naciones Unidas, así como por el derecho internacional general. Si bien se discute todavía la existencia o no de un DIH con carácter autónomo, sin embargo, “se reconocen una serie de derechos y obligaciones internacionales específicamente vinculados a la ejecución de una operación humanitaria”³⁵.

Sobre el cuerpo central del DIH, que lo componen básicamente las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977 para la protección de las víctimas de conflictos armados, o en términos generales, sobre todo el DIH debe recordarse que no cumple “su misión de la misma forma en todo tipo de conflictos”, ya que “parte de una distinción fundamental entre el conflicto armado internacional y el conflicto armado sin carácter internacional”³⁶. La mayor parte de las disposiciones del DIH de hecho, se refieren a las guerras y los conflictos entre Estados (carácter internacional), y no son muchas las disposiciones que regulan las situaciones conflictivas dentro de los Estados (carácter no internacional). “El Protocolo Adicional II del Convenio de Ginebra de 1949 (14), de 12 de diciembre de 1977, recoge la mayor parte de las disposiciones de protección humanitaria ante este tipo de conflictos, aunque es requisito para su aplicación, en cada caso concreto, que el conflicto haya alcanzado determinado grado de intensidad, cumpliéndose una serie de criterios”³⁷, algo no establecido por el artículo

33. El IV. Convenio de Ginebra es sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, y además hay que tener en cuenta sus protocolos adicionales. Y queda prohibido, por ejemplo, el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra para causar males superfluos o sufrimientos innecesarios (Protocolo Adicional I, artículo 35); El enemigo fuera de combate, que se rinda o manifieste la intención de rendirse no podrá ser objeto de ataque (Protocolo Adicional I, artículos 41, 42). El captor que no tenga los medios para evacuar a sus prisioneros debe liberarlos (Protocolo Adicional I, artículo 41); etc. Resumen de los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y de sus protocolos adicionales. Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010. <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDN74#6>.

34. Frequently Asked Questions on International Humanitarian, Human Rights and Refugee Law in the context of armed conflict, *Inter-Agency Standing Committee Task Force on Humanitarian Action and Human Rights*, (2004).

35. *Derecho Internacional Humanitario* (Módulo), *cit.* p. 1.

36. *Derecho Internacional Humanitario* (Módulo), *op. cit.*, p. 23

37. En principio, son conflictos internos o no-internacionales aquellos que se restringen al territorio de un único Estado, incluyendo tanto fuerzas armadas regulares luchando contra grupos armados disidentes, como grupos armados luchando entre sí, aunque en su artículo 1 del Protocolo II, se establece que serán así considerados “los que se desarrollen entre grupos armados organizados, que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II”. *Ibid.*

lo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, que es aplicable a todos los conflictos armados³⁸.

Es el artículo 3 un artículo de mínimos, una norma que ha alcanzado el rango de derecho consuetudinario, que recoge un núcleo básico de derechos con respecto a las personas protegidas, así como un principio de no discriminación al inicio de su enunciado, que se complementaría con un número más amplio de principios basados en “normas, tanto convencionales como consuetudinarias”, que “desarrollan esencialmente una serie de pautas de conductas básicas que deben ser respetadas y acatadas en los conflictos armados³⁹”, en ocasiones clarificadas por la jurisprudencia de tribunales como el Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia (TIPY)⁴⁰.

38. Siendo el texto del artículo 3 el siguiente: “En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes: 1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A tal efecto, están y quedan prohibidas en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin juicio previo emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2. Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes. Las Partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor por vía de acuerdos especiales la totalidad o parte de las demás disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las disposiciones precedentes no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes”.

39. “Aunque no es unánime la doctrina en la enunciación de cuales son exactamente esos principios, sí existe cierto consenso en señalar cuáles son los principios más importantes”, los cuales serían: a) *Distinción*: En la conducción de las operaciones militares se debe hacer una diferenciación entre los combatientes y los no combatientes, y entre los objetivos militares y los bienes civiles; b) *Limitación*: Resumiendo, la utilización de los medios y métodos de combate no es ilimitada, se proscriben la utilización de armas que causen males superfluos, sufrimientos innecesarios o que tengan efectos discriminados, etc.; c) *Proporcionalidad*: Cuando se van a realizar ataques contra objetivos militares o contra combatientes, se establece que los medios y métodos de combate deben ser adecuados conforme a la ventaja militar definida, y que los daños eventuales que se ocasionen contra los bienes civiles o los no combatientes deben ser excepcionales y mínimos; y d) *Inmunidad de la población civil*: Los civiles que no participan directamente de las hostilidades no deben ser objeto de ataque. A. Valencia Villa, *Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano*, Bogotá, 2007.

40. Por ejemplo, a través de su primera sentencia, la conocida como Sentencia (Duško) Tadić (Sentencia, *Fiscalía v. Dushko Tadic*, Caso N° IT-94-1-A, Cámara de Apelaciones TPIY, 15 de julio

Así, llegados a este punto, es importante diferenciar entre DIH y Derecho de los derechos humanos. Mientras algunas de las normas en ambos casos son similares, estos dos cuerpos legales se han desarrollado separadamente y están contenidos en cuerpos legales diferentes. Generalmente, a diferencia del DIH, los derechos humanos se aplican en tiempo de paz, y algunas de sus medidas pueden ser suspendidas durante situaciones de emergencia. Como un conflicto armado suele generalmente tener las características de una “*emergencia pública*”, parte de los derechos humanos pueden suspenderse pero no el DIH, pues no dispone de medidas derogatorias. Aún así, hoy en día se considera que los derechos humanos juegan un importante rol complementario con respecto del DIH, puesto que ofrecen protección adicional a los derechos individuales⁴¹.

Sin embargo, con respecto a la UE, hay que afirmar que ésta adolece de una referencia clara hacia el DIH en sus textos fundacionales o tratados, por lo que a veces se ha llegado a discutir si el DIH hace parte o no de la “cláusula democrática”. Aunque, como ya hemos visto con anterioridad, el TUE en su artículo 11.1 del Título V defendía como objetivo de la PESC “el mante-

de 1999), ayuda con la clarificación de conceptos como “*persona protegida*” o “*crímenes contra la humanidad*”.

M. Sassoli y M.L. Olson, “The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case”. *International Review of the Red Cross* N° 839, (2000), pp. 733-769.

41. Un ejemplo de situaciones tanto relevantes al DIH como a los derechos humanos, es el caso de las ejecuciones arbitrarias, asesinatos sistemáticos de civiles: a) En el Derecho Internacional Humanitario existe la prohibición de la violencia en contra de la vida y las personas, y ejecuciones arbitrarias (artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949 y Protocolo Adicional II, artículo 4);

b) En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se recoge la prohibición de asesinatos arbitrarios (Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 3, y Convenio Internacional para los Derechos Civiles y Políticos, artículo 6); el asesinato o comisión de graves daños a grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos con la intención de destruir el grupo (Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio de 1948); y el Derecho a la vida (artículo 2 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos); c) En el TPIY, el asesinato de personas se encuentra bajo protección de las Convenciones de Ginebra; el asesinato o comisión de graves daños a grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos con la intención de destruir el grupo se encuentra encuadrado dentro del crimen de genocidio (artículo 4); el asesinato de población civil (crimen contra la humanidad, artículo 5 (a)); y el exterminio de población civil (crimen contra la humanidad, artículo 5 (b)); d) En el Tribunal Penal Internacional para Ruanda el asesinato o comisión de graves daños a grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos con la intención de destruir el grupo sería crimen de genocidio (artículo 2); y el asesinato sistemático de población civil en base a cuestiones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas crimen contra la humanidad (artículo 3 (a) y (b)); y e) En la CPI el asesinato o comisión de graves daños a grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos con la intención de destruir el grupo, crimen de genocidio (artículo 6); y el asesinato sistemático y exterminio de civiles, crimen contra la humanidad, artículo 7 (1) (a) y (b); y crimen de guerra, artículos 8 (2) (c) (i).

nimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, con los principios del Acta Final de Helsinki", etc., objetivos que se repiten en el nuevo artículo 10A del TUE, el cual añade además "consolidar y respetar ...los principios del Derecho internacional", objetivos dentro de los cuales habría lugar a entender que la aplicación concreta del DIH podría ser un objetivo de la PESC.

Por lo demás, independientemente a si los tratados recogen o no el DIH, en los últimos años este ha sido recogido en textos del Consejo como por ejemplo en las Directrices de la UE sobre los niños y los conflictos armados de diciembre de 2003, donde en el Punto III Principios, en relación con el Anexo II, se lee que la Unión se guía por "las normas pertinentes internacionales (...) en materia humanitaria" incluidas las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales; y más concretamente, en las Directrices de la UE para fomentar la observancia del Derecho Internacional Humanitario(2005/C 327/04) del año 2005, donde se dice en el Punto II que trata precisamente sobre el DIH, que la UE "se funda en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y supremacía de la ley, lo que incluye el objetivo de fomentar la observancia del Derecho internacional humanitario".

Asimismo, los pasos tomados a nivel de Estados miembros a la hora de implementar el DIH serían también importantes, siendo un ejemplo de esto último el trabajo que se ha llevado a cabo para penalizar las violaciones del DIH a todos los niveles. Así por ejemplo, el principio de complementariedad recogido en el Estatuto del CPI en particular, expresaría la necesidad de asegurar que los crímenes de guerra, genocidio y crímenes en contra de la humanidad sean penalizados, y por lo tanto perseguidos dentro de los sistemas legales locales⁴². Por lo que sería muy difícil argumentar que el DIH no forma parte de la "cláusula democrática"⁴³.

42. C. Quesada Alcalá, *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*, Valencia, 2005, pp. 315 y ss.; C. Escobar Hernández, "Concurrencia de Jurisdicciones y Principio de Complementariedad", en M. García Adrán y D. López Garrido (coords.), *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (El Caso Pinochet)*, Valencia, 2000, pp. 261; C. Escobar Hernández, "El principio de complementariedad", J Yáñez- Barnuevo, *La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana*, Madrid, 2001, pp. 78-100; y M. Valdes Riveroll, "Principio de Complementariedad de la Corte Penal Internacional", disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/479/26.pdf>.

43. Adicionalmente, durante los últimos años, diversos representantes de la UE en varios foros se han encargado de clarificar mediante declaraciones diversas la importancia que la Unión misma da al DIH en sus políticas exteriores. Un ejemplo de lo anteriormente afirmado sería la declaración que la representante del Reino de los Países Bajos, Sra. Ceta Noland, en nombre de la Presidencia

IV-. EL TRATADO DE LISBOA

Firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, el conocido como Tratado de Lisboa básicamente reforma el TUE, que sigue manteniendo su nombre, y el TCE, que se convertirá en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Manteniendo, como en el fracasado proyecto de Constitución⁴⁴, que la UE, entre otros avances, consiga personalidad jurídica, incluyendo la antigua Unión y la Comunidad Europea bajo una sola personalidad. Fusionando así también los tres pilares de Maastricht, aumentando el número de objetivos de la Unión, incluyendo en el nuevo artículo 2, por ejemplo, la paz, el desarrollo sostenible, la solidaridad y la protección de los ciudadanos. Buscando a su vez, reforzar el papel de los parlamentos de los Estados miembros y de la sociedad civil, intentando paliar en cierta manera el déficit democrático de la UE. Reforzará también tanto la PESC como el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ).

Aunque el Tratado de Lisboa es una versión descafeinada del proyecto de Constitución Europea, al menos sigue recogiendo los puntos más significativos de ésta en lo que se refiere a derechos humanos y democratización, mencionando en el Preámbulo, "los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho", como principios inspiradores entre otros, lo cual es positivo; y se insertará al TUE, como ya vimos, un artículo 1 bis que afirmará lo siguiente: "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la

de la Unión, hizo durante la Sesión 59 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 13 de Octubre de 2004, en referencia a los Protocolos Adicionales de las Convenciones de Ginebra: a) La implementación del derecho internacional humanitario sería "de crucial importancia en el mundo"; y b) "En la comunidad mundial del siglo XXI es imperativo que nadie esté más allá de la protección de la ley, particularmente en situaciones de conflicto armado, tanto en conflictos internacionales como en no-internacionales". La Unión instaba en esta declaración tanto a aquellos Estados que no hubieran ratificado las Convenciones de Ginebra o sus Protocolos a hacerlo, como a que aquellos países que no hubieran ratificado el Estatuto de la CPI a hacerlo. EU Presidency Statement – Status of Protocols Additional to Geneva Conventions at the 59th Session of the UN General Assembly – 6th Committee (5/12/2001) – La Unión Europea en el Mundo (<http://europe-eu-un.org>). Siendo un nuevo ejemplo de todo lo anterior, lo afirmado por el representante de la Presidencia de la Unión en junio de 2004, en este caso el Sr. Richard Ryan de la República de Irlanda, ante el CS de la ONU, al referirse, tratando sobre la "Protección de Civiles en Conflictos Armados", a los peligros que implicarían las amnistías generales a la hora de negociar la finalización de cualquier conflicto armado, y la necesidad de que estas no sean aplicables a violaciones graves del derecho humanitario y los derechos humanos. Ver: EU Presidency Statement – Protection of Civilians in Armed Conflict at the Security Council of the UN (14/06/2004) – La Unión Europea en el Mundo (<http://europe-eu-un.org>).

44. Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, más conocido como Constitución Europea o Tratado Constitucional, aprobado el 18 de junio de 2004.

dignidad humana, la libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

En su nuevo artículo 2, en el párrafo 1, el TUE afirmará que “(l)a Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos”, y en el párrafo 5, que “(e)n sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

Añadiendo en su artículo 6.1 que “(l)a Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”, acabando así con ese mero carácter “*proclamatorio*” que tenía tras Niza ⁴⁵.

45. Los detractores del proceso relacionado con la Carta y su inclusión en la propuesta de Constitución Europea o en el Tratado de Lisboa defienden que si comparamos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y la Carta, se puede observar un punto de regresión con respecto a los sujetos de los derechos y al contenido mismo de los derechos garantizados. Pues, “(e)n particular descompone los derechos en categorías (dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia) y según sus titulares (personas mayores, niños, minusválidos, consumidores...)”, rompiendo la universalidad de la condición humana y de los derechos que le son inherentes. Así, entienden algunos que el utilitarismo impregnaría esta Carta frente al humanismo de la Declaración. En su artículo II-74, la Carta enuncia un derecho a la educación pero sin definir su filosofía, en contraste a lo que hace la DUDH en su artículo 26; y si la misma Declaración en su artículo 25 enuncia que “(t)oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como la familia, la salud y el bienestar, en especial el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”, la Carta recoge en su artículo II-95 solamente el “derecho a acceder a la prevención sanitaria” que ha de ser “*de un nivel elevado*”; y una situación similar se da entre el planteamiento del “derecho de trabajar” de la Carta y el “derecho al trabajo” de la Declaración; etc. Pudiéndose afirmar como dice Pascal Lusseau (P. Lusseau, *Constitution européenne: les droits de l'homme en danger*, París, 2005) que “(p)or primera vez un texto redactado en el seno de un número más reducido de Estados que en el marco de la ONU o del Consejo de Europa donde esos mismos Estados están muy implicados, protege menos los derechos humanos”. A.C. Robert, “Occidente contra Occidente – El neoliberalismo frente a la Ilustración”, *Le Monde Diplomatique*, (Mayo, 2006).

Además, el artículo 6.2 aclara que la UE tiene la intención de adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ⁴⁶, añadiendo en el 6.3 que los derechos fundamentales garantizados en este Convenio “y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales” ⁴⁷.

Desde un punto de vista positivo, en el nuevo Título V del TUE, que trata sobre la Acción Exterior y PESC, en el Capítulo 1, el artículo 10A.1. afirmará a su vez que “(l)a acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional”. Debiéndose entender en la mención al respeto y desarrollo del Derecho internacional, que el DIH está incluido implícitamente y que por tanto se encuentra entre los objetivos de la UE, por lo que se garantizaría que las diversas políticas, acciones y normas de la Unión con respecto a la Acción Exterior, PESC y obviamente a la PESD, hayan de tener en cuenta y respetar no sólo ya los derechos humanos sino el DIH en su conjunto como objetivo transversal de la Unión.

El mismo artículo en su siguiente párrafo recoge la necesidad del multilateralismo y en el punto 2, define los fines de la PESC que serán ocho, entre los cuales se encuentran: a) defender sus valores, intereses fundamentales, seguridad, independencia e integridad; b) consolidar y respaldar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho

46. Aunque el Protocolo denominado “*Sobre el Apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la Adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*” sigue garantizando la “situación particular de los Estados miembros con respecto al Convenio”, sus protocolos, y más concretamente con respecto a las reservas que tanto Reino Unido como Polonia y más tarde la República Checa hicieron a la introducción en él de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta), que establecen en sus dos artículos que nada de lo dispuesto en la Carta crea derechos que puedan ser defendidos en Polonia o Reino Unido, sino han sido ya recogidos en la legislación y prácticas de ambos Estados. A lo que habría que añadir las reservas checas, basadas, al menos oficialmente, precisamente en el deseo de limitar los derechos de propiedad de aquellos antiguos ciudadanos checos de origen alemán expulsados tras la II Guerra Mundial.

47. C. De Castro Sánchez, “Los principios generales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: especial referencia a los derechos humanos” en F. Reinoso Barbero (coord.), *Principios Generales del Derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, Navarra, 2014, pp. 1065-1078.

internacional; c) mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad internacional, conforme a los propósitos y principios de la Carta de la ONU, así como a los principios del Acta Final de Helsinki y a los objetivos de la Carta de París, incluidos los relacionados con las fronteras exteriores; y h) promover un sistema internacional basado en una cooperación multilateral sólida y en una buena gobernanza mundial. Incluyendo la necesidad de mantener la “coherencia”, precepto recogido al final del mismo artículo: “La Unión velará por mantener la coherencia entre los distintos ámbitos de su acción exterior y entre éstos y sus demás políticas. El Consejo y la Comisión, asistidos por el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, garantizarán dicha coherencia y cooperarán a tal efecto”. Siendo objetivos que los Estados miembros habrán de apoyar “activamente y sin reservas”, con “espíritu de lealtad y solidaridad mutua”, absteniéndose “de toda acción contraria a los intereses de la Unión o que pueda perjudicar su eficacia como fuerza de cohesión en las relaciones internacionales”, donde además habrán de “respetar la acción de la Unión en este ámbito” (nuevo artículo 11.3 TUE).

Por lo que para la consolidación de todos estos fines, se reforzará el papel del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, quien quedará al frente de la PESC (nuevo Art 9.E.1. TUE); será uno de los Vicepresidentes de la Comisión (nuevo Art. 9 E.4. TUE); presidirá el Consejo de Asuntos Exteriores (nuevo Art. 13 bis 1. TUE); dirigirá el diálogo político con terceros en materias bajo su responsabilidad (nuevo Art. 13 bis 2 TUE); se apoyará en un nuevo Servicio Europeo de Acción Exterior (nuevo Art. 13 bis 2 TUE); ejecutará la PESC con los Estados miembros utilizando los medios nacionales y los de la Unión (nuevo Art. 12.3 TUE); consagrará la necesidad de cooperación entre las representaciones diplomáticas de los Estados miembros y las Delegaciones de la Unión (ya no Comisión), etc. Siendo efectivamente un “Ministro de Asuntos Exteriores” de la UE aunque sin el título ⁴⁸.

V.- DIRECTRICES DE LA UE SOBRE EL DIÁLOGO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS CON LOS TERCEROS PAÍSES- ACTUALIZACIÓN 2009

Las Directrices no son un documento vinculante ni forman parte de una normativa de obligado cumplimiento. Como apuntaba Javier Solana en el

48. D. Rotfeld, “How Europe is starting to set global rules”, *Europe's World*, (primavera, 2008), p. 19.

prefacio publicado en 2009 en “EU Guidelines - Human Rights and International Humanitarian Law”, son herramientas de trabajo prácticas para las representaciones de la UE en el mundo ⁴⁹; que por tanto, pueden adaptarse y moldearse a las diferentes situaciones y contextos.

Así, la actualización de 2009 incluye no solamente una puesta al día del mecanismo desde el punto de vista metodológico, pues su Introducción es una evaluación general del trabajo realizado desde 2001 y su situación a 2009, reconociendo la necesidad de ocuparse de cuestiones como la “coherencia” ⁵⁰. Y afirmando, por ejemplo, la existencia de “una multiplicación de (...) diálogos”, que discurren a niveles diferentes y “en marcos muy diversos”, como por ejemplo: A) “Los diálogos o debates de índole más bien general, basados en tratados, acuerdos o convenios de carácter regional o bilateral o en asociaciones estratégicas, en los que se aborda sistemáticamente la cuestión de los derechos humanos” ⁵¹; B) Los “Diálogos centrados exclusivamente en los derechos humanos”, entre la Unión Europea y un país tercero / o una organización, los cuales serían más estructurados, llevándose a cabo entre los expertos en materia de derechos humanos en las capitales; diálogos a nivel de jefes de misión; y los existentes “en el marco de diferentes acuerdos de cooperación o de asociación con terceros países”, donde “existen subcomités o grupos específicos en materia de derechos humanos”; C) “Diálogos ad hoc que integran los elementos que corresponden a la PESC, entre ellos los derechos humanos”; y D) “Diálogos en el contexto de las relaciones privilegiadas existentes con determinados terceros países, debido a la amplia coincidencia

49. “(t)hese Guidelines are practical tools to help EU representations in the field better advance our policy. EU Guidelines - Human Rights and International Humanitarian Law, Consejo de la Unión Europea, Marzo de 2009, en:

<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/OC8308123ENC.pdf>.

50. Desarrollando, posteriormente, en el artículo 8 la “Coherencia entre los diálogos bilaterales de los Estados miembros y los diálogos de la Unión Europea” y en el artículo 9, la “Coherencia entre los diálogos en materia de derechos humanos y las resoluciones que presenta la UE en la Asamblea General de las Naciones Unidas o en el Consejo de Derechos Humanos. Ver: Directrices de la UE sobre el diálogo en materia de derechos humanos con los terceros países – Actualización 2009 <https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16526.es08.pdf>.

51. “(E)n particular de: 2.1.1. las relaciones con los países candidatos a la adhesión; 2.1.2. el Acuerdo de Cotonú con los países de África, del Caribe y del Pacífico (ACP); 2.1.3. las relaciones entre la UE y América Latina; 2.1.4. el proceso de Barcelona (países del Mediterráneo) y la política de vecindad (países del Cáucaso en particular); 2.1.5. el diálogo político con los países asiáticos en los ámbitos de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) y de la Reunión Asia-Europa (ASEM); 2.1.6. las relaciones con los Balcanes Occidentales; y 2.1.7. las relaciones bilaterales en el ámbito de los Acuerdos de asociación y de Cooperación”. *Ibid*.

de posiciones”⁵². Y añadiendo junto a todo ello que “(a)demás de los diálogos a escala de la Unión Europea, algunos Estados miembros mantienen también diálogos con determinados terceros países a título nacional”.

Se establecen también una serie de objetivos generales, entre los que cabría destacar el “reforzar la coherencia y la cohesión del planteamiento de la Unión Europea en materia de diálogo sobre los derechos humanos, analizando caso por caso las ventajas de la apertura de un diálogo en materia de derechos humanos y la carga de trabajo resultante de ello para el Grupo “Derechos Humanos”⁵³. Admitiendo, por tanto, limitaciones desde el punto de vista del número de diálogos que pueden ser apoyados de manera efectiva. Estableciendo que los objetivos concretos de cada diálogo “variarán según el país”, enumerando el artículo 4 una serie de posibilidades resumidas en la posibilidad de abordar cuestiones de interés, por ejemplo, para reforzar la cooperación en foros multilaterales o para poder manifestar la inquietud de la UE sobre situaciones particulares⁵⁴.

En su artículo 3, “Principios generales”, la UE se compromete a intensificar la presencia de sus objetivos en derechos humanos y democratización “en todos los aspectos de su política exterior”, en “las reuniones y conversaciones que mantenga con terceros países, a todos los niveles”, además de “en los

52. “...por ejemplo con Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, Japón y los países asociados, antes de la reunión del Consejo de Derechos Humanos y del período de sesiones anual de la Asamblea General de las Naciones Unidas. También hay previstas consultas con la Unión Africana antes de las reuniones del Consejo de Derechos Humanos y de la tercera comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El objetivo principal de estos diálogos es abordar cuestiones de interés común, así como las posibilidades de cooperación en los foros multilaterales en materia de derechos humanos”. Directrices de la UE sobre el diálogo en materia de derechos humanos con los terceros países – Actualización 2009, *doc. cit.*

53. Por lo que avisa en la Introducción que “la decisión de crear nuevos diálogos debe”... “adoptarse teniendo en mente la plusvalía esperada y los recursos disponibles para su aplicación”, situación que desarrolla en el artículo 6. “Procedimiento para iniciar el diálogo sobre derechos humanos”. Estableciendo, a su vez, en su artículo 10 la necesidad de evaluar de manera periódica la validez de los mismos, priorizando la participación de la sociedad civil en el proceso de evaluación. *Ibid.*

54. Temas prioritarios según el artículo 5 serían: la firma, ratificación y aplicación de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, la cooperación con los procedimientos y mecanismos internacionales en materia de derechos humanos, la lucha contra la pena de muerte, la lucha contra la tortura, la lucha contra todas las formas de discriminación, los derechos del niño, y en particular los de los menores en conflictos armados, los derechos de la mujer, la libertad de expresión, el papel de la sociedad civil y la protección de los defensores de los derechos humanos, la cooperación en el ámbito de la justicia internacional, en particular con la CPI, la promoción de los procesos de democratización y de buena gestión de los asuntos públicos, el Estado de Derecho y la prevención de conflictos, etc. Directrices de la UE sobre el diálogo en materia de derechos humanos con los terceros países – Actualización 2009, *doc. cit.*

debates de programación y en los documentos de estrategia por países”. Abriendo la puerta (artículo 3.2) a la realización de “un diálogo específicamente centrado en los derechos humanos con un país tercero... para poder debatir de un modo más pormenorizado sobre los derechos humanos”. Siempre que fuese interesante, dejando la iniciativa tanto en manos de la UE como en las del país tercero, remarcando, al respecto, la necesidad de ser flexibles y pragmáticos⁵⁵.

En esa línea, el artículo 5 subraya que “(l)os diálogos se mantienen sobre una base de reciprocidad, lo que permite a los terceros países referirse a la situación de los derechos humanos en la Unión Europea”, tratando “cada caso concreto, de común acuerdo con el país afectado”. Si bien precisa que la UE “se reserva la posibilidad de referirse a casos individuales y entregarle en cada encuentro una lista de casos individuales en los que se esperan respuestas”, pudiendo “adjuntarse a dicha lista una solicitud de liberación de las personas cuyo caso se ha mencionado”. Según las directrices, los diálogos han de terminar con un comunicado público, existiendo la posibilidad de realizar una rueda de prensa, buscando, “en la medida de lo posible”, que sean transparentes con la sociedad civil. Debiendo incluir a la misma “por los métodos más adecuados (...) en particular organizando en determinados casos seminarios con representantes de la sociedad civil del tercer país y de la Unión Europea a fin de debatir pormenorizadamente determinadas cuestiones temáticas de forma paralela al proceso de diálogo formal”, buscando también una oportunidad para expresar apoyo a los defensores de derechos humanos. A su vez, se prioriza que los mismos se celebren “periódicamente en el país en cuestión”, aunque cuando pretendan tratar cuestiones de interés común se prefiere mantener los mismos en Bruselas.

Además, debemos destacar que los diálogos forman parte tanto del Marco Estratégico de la UE sobre los Derechos Humanos y Democracia, como del Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia de 25 de junio de 2012, consolidando su carácter de herramienta práctica a la hora de aplicar los objetivos de derechos humanos y democracia en la PESC⁵⁶.

55. Situación que desarrolla en su artículo 7 “Modalidades del diálogo sobre derechos humanos”. *Ibid.*

56. Derechos Humanos y Democracia: Marco estratégico y Plan de acción de la UE, Consejo de la Unión Europea, 11855/12, Bruselas, 25 de junio de 2012. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11855-2012-INIT/es/pdf>

VI.- APLICACIÓN PRÁCTICA EN COLOMBIA Y MÉXICO

1. Colombia

Como apunta la propia Cancillería colombiana, “(l)os Mecanismos de Diálogo en Derechos Humanos constituyen un espacio cordial y enriquecedor para las partes, donde se busca reflejar puntos de vista sobre diversos temas de común interés, además de intercambiar buenas prácticas. Estos mecanismos se basan en un intercambio mutuo donde prevalece el diálogo simétrico y la comunicación entre pares para dejar de ser una rendición de cuentas”⁵⁷. Colombia, así, llevó a cabo el 24 de octubre de 2014, bajo presidencia de su Viceministro de Asuntos Multilaterales, Carlos Arturo Morales, y el Director General para las Américas del SEAE, Christian Leffler, el que sería ya su IX Diálogo en Derechos Humanos con la Unión Europea⁵⁸.

Sin embargo, el camino seguido no siempre fue tan positivo. Surgido durante el proceso de negociación del Acuerdo Comercial con la UE⁵⁹, en marzo de 2009, desde su creación se ha entendido como “un mecanismo de diálogo simétrico sobre la situación de Derechos Humanos de ambas partes”⁶⁰. No obstante, las cuestiones vinculadas al conflicto armado colombiano y sus consecuencias siempre han predominado en la agenda. Durante el primer diálogo, por ejemplo, ocurrido el 23 de abril de 2010, en Bogotá, bajo la dirección del Vicepresidente Francisco Santos, de la administración del entonces Presidente Álvaro Uribe Vélez, Amnistía Internacional calificó la reunión de especialmente relevante, “porque las cifras dan cuenta de la enorme desprotección y vulnerabilidad en la que continúa la población civil frente a los grupos armados involucrados en el conflicto y de otra, las actuales negociaciones comerciales y de cooperación bilateral”⁶¹. Asimismo, la Oficina Internacional de Derechos Humanos – Acción Colombia (OIDHA-

57. Colombia tiene diálogos al respecto con la UE desde marzo de 2009, Canadá desde el mismo año, España y EE.UU. “Mecanismos de Diálogo en Materia de Derechos Humanos”, *Cancillería de Colombia* (2015): <http://www.cancilleria.gov.co/international/politics/right/mechanisms>.

58. “Colombia y la Unión Europea realizaron la IX versión del Diálogo en Derechos Humanos Cancillería de Colombia”, *Cancillería de Colombia*, 24/10/2014:

<http://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/2014-10-24/10220>.

59. Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, firmado en la ciudad de Bruselas el 26 de junio de 2012. <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=18028>.

60. <http://www.cancilleria.gov.co/international/politics/right/mechanisms>.

61. <http://centinela66.com/2010/02/03/col-dialogo-sobre-derechos-humanos-entre-la-ue-y-colombia/>.

CO), con ocasión de la Segunda reunión del Diálogo, celebrada en Bruselas, pidió a la UE “exigir el respeto a los Derechos Humanos y al DIH de parte de todos los actores armados”. Invitando, “a la UE a reiterar sus pronunciamientos a favor de una solución negociada al conflicto armado en Colombia, (y) a apoyar explícitamente y públicamente el trabajo de la sociedad civil colombiana”⁶².

Prácticamente no existe información pública en internet ni valoraciones sobre estas primeras reuniones, realizadas en un clima de construcción de confianza desde una percepción disímil sobre el conflicto y sus consecuencias⁶³. Colombia y la UE ya poseían en el marco de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) un Acuerdo Marco de Cooperación en vigor desde 1998⁶⁴, así como un Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación entre la Comunidad Europea y la Comunidad Andina que databa de 2003. Sin embargo, el Acuerdo sobre el Diálogo en Derechos Humanos, inaugurará con su aprobación una nueva fase de relaciones a nivel bilateral, que tendrán posterior reflejo en la firma, ese mismo año en diciembre, del Memorándum de Entendimiento para el Establecimiento de un Mecanismo de Consultas Bilaterales⁶⁵, así como en el avance de las negociaciones del Acuerdo Comercial.

En este contexto, las reuniones se realizaban cada seis meses y no será hasta bastante después de la celebración de la quinta Sesión, llevada a cabo el 30 de junio de 2011 en Bogotá, cuando se comience, a iniciativa de la UE, a involucrar a la sociedad civil. Esta Sesión de diálogo estará centrada, prin-

62. “Piden a la Unión Europea que nombre un representante para la paz en Colombia”, *Semana*, 22 de septiembre de 2010, <http://www.semana.com/imprimir/122270>. ODHACO también emitió una serie de recomendaciones para la UE en 2011 al respecto. <http://www.oidhaco.org/?cat=1046&lang=es>.

63. Al respecto, se recomienda revisar las Conclusiones del Consejo de la UE sobre Colombia de 2005 donde en el artículo 2 se dice que “el Consejo ha reiterado su llamamiento a todas las partes en el conflicto para que respeten los derechos humanos y el derecho humanitario internacional, así como a todos los grupos ilegales para que pongan fin a las hostilidades de todo tipo, participen en un proceso de paz negociada y actúen en consecuencia”, siguiendo con críticas a la llamada Ley de Justicia y Paz y un apoyo expreso a la Oficina de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos en Colombia. Posiciones criticadas por la administración del Presidente Álvaro Uribe Vélez, quien no admitía, de salida ya, la existencia de conflicto armado interno en el país.

Conclusiones del Consejo sobre Colombia - Sesión n. 2678 del Consejo de la UE - Asuntos Generales, Luxemburgo, 3 de octubre de 2005. http://www.europarl.europa.eu/meet-docs/2004_2009/documents/td/ue_colombia_31005/ue_colombia_31005_es.pdf.

64. “Comisión Europea y Colombia afianzan mecanismo de diálogo de consultas bilaterales”, *Servicio Europeo de Acción Exterior*, Delegación de la EU en Colombia, (02/12/2009). http://eeas.europa.eu/delegations/colombia/press_corner/all_news/news/2009/20091202_01_es.htm.

65. *Ibid.*

principalmente en tres temas: a) Ley de Víctimas y Restitución de Tierras; b) Conferencia Nacional de Derechos Humanos; y c) Impunidad en Colombia. Incluyendo, además, un apartado sobre casos individuales ⁶⁶.

El 7 de agosto de 2010, Juan Manuel Santos Calderón, se había posicionado como Presidente de la República de Colombia, y su Vicepresidente, Angelino Garzón, tenía un interés particular por los derechos humanos y sociedad civil. Así, en diciembre de 2011 (12 y 13), la UE organizará en solitario el que será el I Seminario de la Sociedad Civil sobre Derechos Humanos: Intercambio de experiencias sobre Derechos Humanos en Colombia, UE-Colombia. Incluyendo temas relevantes para ambas partes como las Experiencias Europeas Sobre Cohesión Social; Género y Defensores de Derechos Humanos; Sociedad Civil y Derechos de las Víctimas; y Lucha Contra la Impunidad ⁶⁷.

Dos sesiones más de diálogo ocurrieron antes de llevarse a cabo el II Seminario con la Sociedad Civil los días 20 y 21 de noviembre de 2012 sobre: Niños/as y adolescentes en medio del Conflicto Armado; y Situación de las Minorías Étnicas. Temáticas que contaron con ponencias no solamente centradas en Colombia, sino también en Europa, como por ejemplo, al tratar la situación del pueblo sami en Suecia, la de la minoría roma en Eslovaquia o la de las minorías no cristianas en Europa en general. Si bien, de nuevo, la participación institucional colombiana fue limitada en la organización del evento, éste fue abierto por el Vicepresidente Garzón y contó con una amplia participación institucional ⁶⁸.

Poco antes, en septiembre de 2012, se habían revisado los Términos de Referencia, acordando que los diálogos se llevarían a cabo de manera anual, alternándose entre la UE y Colombia, dejando de lado el sistema de reuniones semestral hasta entonces implementado. Abriéndose así la posibilidad de realizar reuniones adicionales a la sesión regular, tanto de seguimiento como temáticas en caso de necesidad ⁶⁹. La visibilidad de las sesiones estaría garantizada por una declaración conjunta (*Joint Statement*) a publicarse tras cada sesión, quedando, de nuevo, fuera de los mismos cualquier referencia a la sociedad civil aunque, curiosamente, incluye una mención específica a la

66. Comunicado de prensa de la UE sobre el diálogo de derechos humanos con Colombia (07/07/2011).

http://eeas.europa.eu/delegations/colombia/press_corner/all_news/news/2011/20110706_es.htm.

67. http://eeas.europa.eu/delegations/colombia/documents/conclusiones_seminario_ddhh_2011_es.pdf.

68. http://eeas.europa.eu/delegations/colombia/documents/projects/resumen_seminario_final_es.pdf.

69. http://eeas.europa.eu/colombia/docs/hr_dialogue_tor_en.pdf.

temática de empresa y derechos humanos, como apartado de especial interés en el contexto de la firma del Acuerdo Comercial Colombia-UE ⁷⁰.

De hecho, el 17 junio 2013 se llevará a cabo la VIII Sesión de diálogo, donde la temática central será, precisamente, derechos humanos y empresa ⁷¹. La Sesión se celebrará en Bruselas y no tendrá participación de la sociedad civil ni Seminario paralelo. Así, el III Seminario con la sociedad civil no se producirá hasta el 23 de octubre de 2014 buscando analizar “las garantías y el respeto de los derechos humanos de los líderes que participan en el proceso de restitución de tierras” ⁷². Seminario monotemático de interés mutuo (aunque de temática netamente colombiana), que esta vez sí que contará con participación institucional colombiana en la identificación de la temática, que además buscará que “(l)as recomendaciones surgidas en el evento constituyan un insumo para nutrir el diálogo político de alto nivel” ⁷³ y que se celebrará, justamente, un día antes de la IX Sesión celebrada el 24 de octubre de 2014.

La agenda de 2014, establecida de “común acuerdo” abordaba los siguientes temas: A) Avances en la formulación de la política pública de Colombia en materia de Derechos Humanos; B) Esfuerzos en la lucha contra la impunidad; C) Lucha contra la erradicación de la pobreza; D) programas de Reintegración; E) Avances en Restitución de Tierras; y F) Migración ⁷⁴. Siguiendo ya una lógica en el desarrollo del mismo que está terminando por convertirse en modelo, que implica reunión anual alternando Bruselas y Bogotá, precedida de una primera sesión con la sociedad civil (solamente al ocurrir el diálogo en Bogotá), con temáticas principalmente sobre cuestiones de derechos humanos que afectan al país tercero.

2. México

Al igual que ocurrió en el caso colombiano, los diálogos en México se enmarcan dentro del proceso de asociación económica. El 1º de octubre de

70. *Ibid.*

71. *EU-Colombia Human Rights Dialogue 8th session, Brussels, 17 June 2013 – Joint Statement, European Union, Brussels, 18 June 2013, A 328/13: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/137504.pdf.*

72. UE dialoga con sociedad civil sobre situación de los DDHH de los líderes de restitución de tierras (20/10/2014).

http://eeas.europa.eu/delegations/colombia/press_corner/all_news/news/2014/20141020_1_es.htm

73. *Ibid.*

74. <http://belgica.embajada.gov.co/newsroom/news/2014?page=1>.

2000, se firmará el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación, conocido como Acuerdo Global, en base al cual, en 2008, se comenzará a elaborar el Plan Ejecutivo de la Asociación Estratégica México-Unión Europea⁷⁵, firmado por ambas partes en mayo de 2010⁷⁶. Recogiendo en su artículo 3.4 el acuerdo por “intensificar” el “diálogo sobre derechos humanos, con la finalidad de incrementar su cooperación en los foros internacionales pertinentes, incluyendo iniciativas conjuntas, y la promoción de una protección efectiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos”. Añadiendo tanto un *Marco multilateral* (“para consultas e intercambios de información... sobre derechos humanos... reforzadas mediante reuniones anuales”), como un *Marco bilateral* (“Cuestiones nacionales de derechos humanos, refuerzo de la cooperación y preguntas de interés mutuo”), reafirmando la inclusión de “todos los asuntos de interés para ambas partes”, en base a “agendas previamente acordadas”⁷⁷. Contexto en el cual se llevaron a cabo el 12 de marzo de 2010 la primera reunión del diálogo multilateral México – Unión Europea, en Ginebra, Suiza y el 12 de mayo del mismo año, la primera reunión bilateral en la sede de la Secretaría de Relaciones Exteriores en ciudad de México.

En lo que respecta a la participación de la sociedad civil, ésta no se dará hasta la celebración del III Diálogo de Alto Nivel en octubre de 2012, cuando, justamente un día antes, el Representante Especial de la UE para los derechos humanos, Stavros Lanbrinidis, participará en la apertura del Primer Seminario UE-México sobre Derechos Humanos y Sociedad⁷⁸. Sin embargo, es interesante observar que a diferencia de lo ocurrido en el caso colombiano, en México la alternancia de los diálogos entre México y Europa no han significado un obstáculo para la participación de la sociedad civil. Adicionalmente, es interesante analizar el contenido del “Pronunciamiento de la sociedad civil en el marco del Diálogo de Alto Nivel en Derechos Humanos

75. Asociación Estratégica México-Unión Europea - Plan Ejecutivo, de 16 de mayo de 2010. http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/plan_ejecutivo_conjunto.pdf.

76. En Santander, España, incluyendo “temas en materia de derechos humanos, seguridad y macroeconomía” (<http://embamex.sre.gob.mx/reinounido/images/pdf/DGDH180.pdf>). Ver también: http://ceas.europa.eu/delegations/mexico/press_corner/all_news/news/2010/20100516_01_es.htm.

77. Asociación Estratégica México-Unión Europea - Plan Ejecutivo, de 16 de mayo de 2010. http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/plan_ejecutivo_conjunto.pdf.

78. <http://informador.com.mx/mexico/2012/411908/6/la-ue-envia-a-mexico-a-representante-especial-para-derechos-humanos.htm>.

entre México y la Unión Europea” de 2014⁷⁹, pues aunque evento se organiza en Bruselas, de nuevo el trabajo se centra en la situación de México con una escueta referencia a la UE, donde únicamente “se destaca la gravedad de la situación de violencia contra las mujeres que fue documentada en la reciente encuesta realizada por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales” (AEDF)⁸⁰. De hecho, el Centro de Derechos Humanos de la Montaña, Tlachinollan, llega a afirmar en su página web al respecto que “México tuvo que *rendir cuentas* sobre derechos humanos ante la comunidad internacional”. Recalcando, como un día después, tres representantes de la sociedad civil mexicana retomaron los temas del Seminario ante la Subcomisión de Derechos Humanos del Parlamento Europeo que llevó a cabo una audiencia sobre la situación de derechos humanos en México⁸¹.

En otro plano, Juan Manuel Gómez Robledo V., entonces Subsecretario de Asuntos Multilaterales y Derechos Humanos de México, subrayará sobre el formato que “las organizaciones de la sociedad civil de ambas partes abordarán la misma temática” (un día antes), “lo que permitirá que el diálogo gubernamental se complemente y nutra también de las contribuciones que ellas aporten”⁸². A lo que Tlachinollan añadirá, “que las organizaciones reconocieron el avance que representaba el seminario en cuanto a la participación de la sociedad civil y recordaron el reto que se mantiene de poder incluir más organizaciones en el futuro y concretar mecanismos de seguimiento transparentes sobre los temas hablados en el Diálogo y, más concretamente, sobre los acuerdos de cooperación UE-México”⁸³.

Finalmente, México llevó a cabo la quinta edición del Diálogo el 16 de abril de 2015 en la ciudad de México. Siendo precedido por el Tercer Seminario de la Sociedad Civil de México y la UE, un formato que estaría estabilizándose en lo que podría constituir una buena práctica para la región:

79. Celebrado el 18 de marzo de 2014 en Bruselas, precedido por el Segundo Seminario sobre Derechos Humanos de la Sociedad Civil, con la participación de 32 organizaciones, en su mayoría mexicanas.

<https://protectioninternational.org/es/2014/03/20/pronunciamiento-de-la-sociedad-civil-en-el-marco-del-dialogo-de-alto-nivel-en-derechos-humanos-entre-mexico-y-la-union-europea/>.

80. <https://protectioninternational.org/es/2014/03/20/pronunciamiento-de-la-sociedad-civil-en-el-marco-del-dialogo-de-alto-nivel-en-derechos-humanos-entre-mexico-y-la-union-europea/>.

81. <http://www.tlachinollan.org/documento-participacion-de-las-organizaciones-de-la-sociedad-civil-en-el-4-dialogo-de-alto-nivel-sobre-derechos-humanos-entre-mexico-y-la-union-europea/>.

82. <http://www.excelsior.vom.mx/opinion/mexico-global/2014/03/17/949056>.

83. <http://www.tlachinollan.org/documento-participacion-de-las-organizaciones-de-la-sociedad-civil-en-el-4-dialogo-de-alto-nivel-sobre-derechos-humanos-entre-mexico-y-la-union-europea/>.

particularmente al incluir una sesión con la sociedad civil también en Bruselas ⁸⁴. Aunque, de nuevo, en lo que respecta a las temáticas tratadas, del comunicado publicado por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana se desprende que la mayoría estuvieron relacionadas con la situación en México y no tanto en la UE ⁸⁵. Situación que iría en contra de lo recomendado incluso por las directrices, pues en las mismas se puede llegar a entender que cuando el diálogo se produce en Europa, éste debería dirigirse más a cuestiones europeas, o como recomiendan las directrices, al menos, hacia cuestiones de interés común o multilaterales.

VII.- CONCLUSIONES

Tras el examen realizado, se desprende que la aplicación de las Directrices sigue siendo algo vivo y en evolución. Ciertamente, sin un marco claramente establecido, aunque de la práctica ya se pueden extraer ciertas conclusiones:

1. Si bien las Directrices están dirigidas a las representaciones de la UE en el exterior y, por tanto, priorizan los intereses de la institución frente a los países terceros, e independientemente de que reserven espacios para tratar casos individuales de interés exclusivo de la UE o de que sean fomentados por la UE, al basarse los diálogos en el principio de reciprocidad, representan una posibilidad real de uso de éstos por parte de los terceros países frente a la UE tanto de manera *positiva como negativa* ⁸⁶. Teniendo todas las posibilidades reales para convertirse, por tanto, en un instrumento de dos vías.

Desarrollando más esta idea, los derechos humanos no son un capricho pasajero de la UE, forman parte de sus obligaciones tanto en política exterior, como a nivel interno, y si bien siempre hay un margen para la mejora en la ejecución práctica, el hecho de que se encuentren en la centralidad de sus tra-

84. En Brasil, en septiembre de 2015, la UE enlazó además con un Seminario sobre Empresa y Derechos Humanos. El día 15 se celebró el Seminario con la Sociedad Civil, el 16 el Seminario sobre Empresa y Derechos Humanos, y el día 17 se llevó a cabo la sesión regular del diálogo con presencia de la sociedad civil, que pudo presentar directamente al Gobierno de Brasil y a la UE sus conclusiones con respecto a los días anteriores. *The European Union and Brazil organises the 1st Business and Human Rights Seminar in Brazil (17/09/2015)*: http://eeas.europa.eu/delegations/brazil/press_corner/all_news/news/2015/20150917_01_en.htm.

85. Siendo el estado de derecho y combate a la impunidad, derechos de las personas migrantes, defensores de derechos humanos y periodistas, y empresas y derechos humanos los temas abordados, además de la colaboración a nivel multilateral (abolición de la pena de muerte, acoso escolar, agenda de desarrollo post-2015, pueblos indígenas, Beijing +20, etc.). <http://saladeprensa.sre.gob.mx/index.php/en/comunicados/5931-202>.

86. Ver referencias anteriores a la "Cláusula Democrática" de la UE.

tados fundacionales crea obligaciones. Las cuáles, al ser entendidas por los terceros países participantes en los diálogos, pueden llegar a ser exigidas. No obstante, en la actualidad, del análisis de lo ocurrido en Colombia y México ⁸⁷ se desprende que la carga de los diálogos, la exigencia en respuestas, está recayendo especialmente en los terceros países y no tanto en la UE. Y no debería ser así. 2015, por ejemplo, está suponiendo un gran reto para la UE en relación a la gestión de la crisis de refugiados de Siria e Irak. Adicionalmente, se calcula que cerca de millón y medio de personas nacidas u oriundas de Latinoamérica y el Caribe residen en la UE, y si bien la temática de la migración ya está presente en los diálogos, una mayor presencia podría ser posible ⁸⁸ al igual que podría debatirse cualquier otro tema de actualidad con relación a los derechos humanos.

2. Como vimos en el caso de México, en 2014 su diálogo trató sobre la situación de violencia contra las mujeres en la UE en base a estudios presentados por la AEDF. Éste es un buen ejemplo de lo que se puede llegar a hacer. La UE presenta anualmente diversos informes sobre la situación en derechos humanos al interior de sus fronteras, siendo un buen material para ahondar sobre lo que ocurre en su interior. Además, recordemos que la mención directa a los derechos fundamentales y los derechos humanos de Título I en el Tratado de Lisboa obliga también a sus propios Estados miembros; abriendo la posibilidad de presentación de preguntas concretas a los mismos sobre casos particulares o situaciones generales. Por ejemplo, tanto la UE como sus Estados miembros, tienen tropas desplegadas por diversos lugares del mundo. Por lo que al igual que en Colombia se puede preguntar por los llamados "falsos positivos", el diálogo permitiría preguntar a Francia por lo ocurrido con las denuncias de abusos cometidas por sus militares en la República Centroafricana ⁸⁹.

3. Asimismo, se puede afirmar que existe un gran margen para la interpretación y adaptación de los modos de dialogar atendiendo a las circunstancias concretas de cada país. La experiencia colombiana nos enseña cómo pueden comenzar siendo discretos, cerrados a la participación de la sociedad civil, pero abiertos en la medida en que la confianza entre los autores crece. La periodicidad tampoco está cerrada, en Colombia comenzaron celebrándose cada seis meses y en México, desde el inicio, son anuales. La visibilidad que

87. Situación que se repetiría al menos en Brasil.

88. Por ejemplo, preguntar sobre los Centros de Internamiento de Extranjeros en España.

89. *Central African Republic: UN investigation into sexual abuse allegations continues*, UN News Centre, 1 de mayo de 2015.

se da a los mismos también depende de los acuerdos bilaterales y las necesidades del momento.

Igualmente, los diálogos tienden a fomentar la creación de espacios para la participación de la sociedad civil tanto de terceros países como europea en los mismos. De hecho, en lo que respecta a la participación de la sociedad civil, el mecanismo de diálogo buscaría dar espacio a una visión alternativa de la situación, siendo inclusiva con diferentes voces. Pero no solamente de los países terceros. Al ser un diálogo entre pares, a la vez que se puede tratar sobre casos individuales y defensores de derechos humanos en México o Colombia, la sociedad civil también podría preguntar sobre el desarrollo de, por ejemplo, la llamada "Ley Mordaza" en España ⁹⁰. Por todo lo cual, los diálogos de alto nivel en derechos humanos deberían ser percibidos como una oportunidad, tanto en los terceros países como al interior mismo de la UE, de promoción y defensa de los derechos humanos y no como una herramienta más del llamado *soft-imperialism*.

4. Terminando con una mención a Cuba, el 25 de junio de 2015, delegaciones de ésta y de la UE tuvieron su primer diálogo de alto nivel sobre derechos humanos en Bruselas, donde se trataron cuestiones más técnicas como las modalidades del propio diálogo, los estándares sobre los cuales basarse, objetivos, principios, formato y procedimientos. El acuerdo para mantener el diálogo al menos de forma anual, la necesidad de mejora en el entendimiento mutuo sobre derechos humanos y el intercambio de buenas prácticas, así como el compromiso de cubrir todos los asuntos de derechos humanos que cualquiera de las partes traiga a la mesa, fueron parte de los resultados del encuentro. En el cual también se identificaron posibles áreas de colaboración tanto a nivel internacional, particularmente en relación al Consejo de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, como a nivel bilateral en cuestiones como género, violencia contra la mujer, derechos de la infancia, desarrollo sostenible en el contexto de la Agenda post-2015, salud, educación, libertad de expresión y asociación, migración y Estado de Derecho ⁹¹. Ahora bien,

90. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana o Ley de Seguridad Ciudadana; ver también: http://elpais.com/tag/ley_seguridad_ciudadana/a/.

91. "First EU-Cuba high level human rights dialogue meeting on 25th June", *European Union External Action*, Press Release, 25/06/2015: "The discussions focused on the modalities for the pursuit of this dialogue, to be based on universal human rights standards, including its objectives, principles, format and procedures. Both sides agreed on the objectives for the dialogue of improving mutual understanding on human rights issues, exchanging experiences and best practices as well as seeking to identify potential areas of cooperation. Between the EU and Cuba. They agreed that dialogue should, in principle, take place on an annual basis. It should cover all human rights issues brought to the table by any of the parties.... Among the issues discussed were gender and

¿se imaginan a Cuba preguntado por el nivel de cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales por ejemplo en Grecia?

violence against women, children's rights, sustainable development in the context of the post-2015 agenda, health, education, freedom of expression and association, migration and rule of law". http://ec.europa.eu/statements-eeas/2015/150625_06_en.htm; ver también: http://www.cubastudygroup.org/index.cfm/news-center?ContentRecord_id=9b8eee6b-5de8-4a70-ab9e-12a6b3a70c29&ContentType_id=8c81d17c-7ffe-48d6-81e7-cd93fe3120eb&Group_id=c429e483-afd8-492c-894bd6a2eee8b5e4&MonthDisplay=6&YearDisplay=2015 y <http://yusnaby.com/concluye-primer-dialogo-de-derechos-humanos-entre-cuba-y-la-ue/>.

**EL PROGRESO DEL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO PARAGUAYO: ANOTACIONES Y
DIGRESIONES A PROPÓSITO DE LA LEY NÚMERO
5393/2015 SOBRE EL DERECHO APLICABLE
A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES**

José Antonio TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE*

SUMARIO: Introducción.- I. El Derecho internacional privado paraguayo en el contexto de la codificación nacional en Iberoamérica.- II. El Derecho internacional privado paraguayo de fuente interna: 1. Jurisdicción internacional; 2. Ley aplicable; III. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.- IV. La Ley núm. 5393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales.

INTRODUCCIÓN

La actual República del Paraguay ¹, Estado miembro que fue de la Sociedad de Naciones desde 1919 a 1937, y actualmente de las Naciones Unidas desde el 24 de 1945, se remonta al descubrimiento de su territorio, en 1526, por Sebastián Gaboto y la posterior conquista en 1536 por Álvaro Núñez, hechos a los que se une la fundación de Asunción por Juan de Ayolas que llevó a cabo la colonización y fue nombrado gobernador. A mediados del siglo XVI, concretamente en 1556, la Compañía de Jesús estableció una serie

Fecha de recepción del original: 20 de mayo de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 27 de mayo de 2015.

* Antiguo profesor numerario de Derecho Internacional Público y Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y exSecretario General de dicha Universidad. Antiguo profesor de Derecho internacional público y privado en los Colegios Universitarios "Domingo de Soto" de Segovia, San Pablo CEU, Estudios Financieros CUNEF y Emérito del Colegio Universitario "Cardenal Cisneros", adscritos a la Universidad Complutense de Madrid. Miembro de número del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Académico de número de las Reales Academias de Doctores de España y Asturiana de Jurisprudencia. Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Antiguo Secretario General de la International Law Association (rama española).

1. César Chávez, J.: *Compendio de historia paraguaya*, Asunción, 1960; vid. también, Pendle, S.: *Paraguay, a Riverside Nation*, London, 1967.

de misiones y los jesuitas llegaron a configurar una especie de Estado teocrático independiente, si bien el Paraguay estaba adscrito al virreinato del Perú, una situación que se prolongó hasta la expulsión de la orden en 1767, en todo el Imperio español, decretada por el rey Carlos III. El Paraguay se agregó entonces al recién creado virreinato del Río de la Plata y así continuó, unido a la Argentina, hasta el momento de su independencia. Si bien en 1810 no llegó a secundar la revolución de Buenos Aires, al año siguiente, el 15 de mayo de 1811, se declaró independiente de la Argentina y de España. Una independencia que España rubrica con el tratado de paz y amistad de 10 de septiembre de 1880. Tras un breve gobierno de dos cónsules, en 1815 el poder supremo es asumido por José Gaspar Rodríguez Francia cuya dictadura se prolongará hasta su muerte en 1840. A partir de ahí el Paraguay inicia su andadura por el siglo XIX en cuya segunda mitad tendrá que afrontar, por causa del presidente Francisco Solano López, la guerra de la Triple Alianza que duró desde 1865 a 1870 y en la que la población paraguaya resultó diezmada. Terminada la contienda, en el paréntesis desde el gobierno provisional de Loizaga, Rivarola y Díaz de Bedoya, hasta la presidencia de Eusebio Ayala que finalizó en 1936, Paraguay vivió la desastrosa guerra del Chaco entre 1928-1929 y 1932-1935, que terminó con el tratado de paz de 21 de julio de 1938, y también algún movimiento revolucionario que llegó a motivar la dimisión del presidente José P. Guggiari. Sin embargo, fuera de estos períodos, se sucedieron democráticamente presidentes y gobiernos cuyos mandatos oscilaron generalmente entre dos y cuatro años. Es de subrayar que el Paraguay fue uno de los pocos Estados que supieron permanecer neutrales durante la I Guerra Mundial (1914-1918). Más tarde ya, vendrán los treinta y cinco años de la dictadura del general Alfredo Stroessner, a la que han seguido veintiséis años de una democracia en proceso de firme consolidación.

En la actualidad, el Paraguay, que antaño perdió medio siglo de un progreso económico que había conseguido desde su independencia de España, a causa de la guerra de la Triple Alianza, ha logrado situarse de nuevo en la vanguardia del continente, situación en la que se encontraba antes del paréntesis de Stroessner, como lo demuestra el hecho de que en 2013 tuvo el mayor crecimiento económico de toda América Latina, con un 14% según el propio Banco Mundial, en tanto que la inflación se ha visto estabilizada un 5% en 2014, y dato importante es que nunca ha tenido que cambiar de divisa. El Paraguay, con nueve millones de habitantes, cuya nacionalidad tradicionalmente se asienta sobre el derecho territorial, o *ius soli*, como determinaron la Constitución de 24 de noviembre de 1870, y el art. 38 de la Constitución de 10 de julio de 1940, socio fundador de Mercosur, del que asumirá la presiden-

cia rotatoria el 1 de julio de 2015, es hoy el sexto productor mundial de soja, según la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), mantiene una baja presión fiscal para los inversores y dispone de una favorable legislación de zonas francas, todo lo cual favorece el desarrollo y el crecimiento económico.

Estas circunstancias no son aisladas sino que necesariamente conllevan una actualización de determinados sectores de la legislación, puesto que ésta, lejos de ser un mundo sin conexión con la situación social y económica del país, está íntimamente vinculada con ella y una legislación adecuada y moderna es de todo punto indispensable. Oportuna es, pues, a mi parecer, la promulgación de la ley que regula los distintos planos que presenta la contratación internacional, un sector de primordial importancia e interés hasta ahora carente de toda normativa conflictual en el ordenamiento jurídico paraguayo.

I. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARAGUAYO EN EL CONTEXTO DE LA CODIFICACIÓN NACIONAL EN IBERO-AMÉRICA

La codificación nacional del Derecho internacional privado en Iberoamérica² siguió la pauta marcada en Europa por el *Code Civil* francés, que contaba ya con los antecedentes del Código bávaro de 1756 y del *Landrecht* prusiano de 1794, y así el sistema conflictual de los distintos Estados se incorporó en sus respectivos Códigos Civiles que fueron promulgados a lo largo del siglo XIX, en la primera mitad del XX e incluso después. Cronológicamente aparecen los de Chile (1855), Ecuador (1860), El Salvador (1860), Uruguay (1868), Argentina (1869), redactado por el notable jurista de Córdoba Dalmacio Vélez Sarsfield, en el que influyeron el Proyecto de

2. Sobre ésta, vid. Fernández Arroyo, D. P.: *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, 1994, 445 pp. También la cuestión es tratada en la publicación que recoge los trabajos de las Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado, celebradas en Segovia el 1 y 2 de diciembre de 1995, cuya apertura tuvo el honor de presidir como Delegado de la Universidad Complutense de Madrid, en representación del Excelentísimo y Magnífico señor Rector de la misma profesor doctor don Amador Schuller Pérez, vid. VVAA: *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, 1997, 347 pp., siendo de destacar la contribución de Droz, Georges A. L.: *La participation des pays de l'Amérique Latine dans la codification du Droit international privé à la Conférence de La Haye*, pp. 25-43. Vid. también: Samtleben, J.: *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, vol. I, Parte general, trad. esp. del alemán por Carlos Bueno-Guzman, Buenos Aires, 1983; y VVAA: *Avances del derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Max-Planck-Institut-Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.

Freitas, ya que se sirvió: “Sobre todo, del *Proyecto del Código civil* que está trabajando para Brasil el señor *Freitas*”, y “respecto... del primer libro mis guías principales han sido juriconsultos alemanes *Savigny* y *Zacharias*,... y la obra de *Story, Conflict of Laws*”, según escribió en carta de 21 de junio de 1865 al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, con la que remite el texto del primer libro del Código Civil³. Después aparecen los Códigos Civiles de Colombia (1873), República Dominicana (1884), Costa Rica (1887) y Cuba, a la que se extendió la vigencia del Código Civil español, de 24 de julio de 1889, por Real Decreto de 31 de julio siguiente.

Ya en el siglo XX hay que citar Códigos Civiles, junto a proyectos de ley sobre el Derecho internacional privado independiente de éstos, comenzando por el Código Civil de 1902 de Puerto Rico, que fue isla española, por tanto iberoamericana, hasta el conflicto hispano-norteamericano de 1898, al que siguió el Código Civil de 1930 en los que se han mantenido, *mutatis mutandis*, los textos originarios de los artículos 9, 10 y 11 del Código Civil español de 1889 que contienen los estatutos personal, real y formal. Después aparecen otros textos como los Códigos Civiles de Nicaragua (1904), Honduras (1906), Panamá (1916), Guatemala (1933), Brasil con la Ley de introducción al Código Civil (1942), y el Proyecto de Código de Aplicación de las Normas Jurídicas (1970), donde en 1995, durante el gobierno de Itamar Franco, el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto de ley número 4905, procedente del Anteproyecto elaborado por J. Dolinger, J. Grandino Rodas, R. Limongi França e I. Mártires Coelho, que no llegó a prosperar en el Parlamento, con la intención de derogar la Ley de introducción al Código Civil y establecer un sistema nuevo de Derecho internacional privado, así como Perú (1984), Paraguay (1985), Cuba que por Ley número 59 promulgó, el 15 de octubre de 1987 el nuevo Código Civil⁴, México que, por Decreto de 11 de diciem-

3. Valladao, H.: *Derecho internacional. Introducción y parte general*, trad. esp. del portugués por Leonel Perezniño Castro, México D.F., 1987, p. 185.

4. Con anterioridad vino rigiendo, con modificaciones, el Código Civil español de 24 de julio de 1889, cuya vigencia fue extendida a Cuba, Puerto Rico y Filipinas, como se ha dicho, por el Real Decreto del 31 de julio siguiente, publicado en la Gaceta de Madrid, núm. 218, del martes 6 de agosto del mismo año, páginas 433-434, en cuya Exposición, entre otras cosas, se dice que: “Ni en las Antillas ni en Filipinas hay derecho civil peculiar y diferente del que rigió en la Península, ni la organización de la familia y de la propiedad en aquellas lejanas provincias demanda especialidad alguna de reglas para una vida que en lo privado se desenvuelve lo mismo que en el resto de la Nación, porque aquellos pueblos que tienen su sentido propio, y en algo distinto del pueblo español, se acomodan desde luego en sus relaciones civiles a las leyes que allí llevaron nuestros conquistadores y misioneros que eran las mismas de su propia patria española”. El texto del Real Decreto, por cierto, prácticamente olvidado por los civilistas españoles, firmado por la Reina regente María Cristina y por el ministro de Ultramar Manuel Becerra, consta de tres artículos del

bre de 1987, reforma y adiciona el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, el Proyecto venezolano de normas de Derecho internacional privado (1965) y el Código Civil (1982), en fin, Argentina que cuenta con el Proyecto de W. Goldschmidt (1974) retomado en 1980 por H. Daniel Piombo, A. Boggiano, A. Perugini y J. C. Areagni, así como el Proyecto para un Código Único Civil y Comercial, de 1 de julio de 1993, al que sigue en 1998 el Proyecto de Libro VIII que fue presentado en 1999 por B. Kaller de Orchanski, A. Uriondo de Martinoli y B. Pallarés, y que modificado se elevó al Congreso el año 2000 tomándose como documento de trabajo por la Comisión designada en 2002 por el Ministerio de Justicia, con la finalidad de elaborar un Proyecto de ley de Derecho internacional privado. También en Uruguay se creó a iniciativa de Didier Opertti Badán, en 1998, y bajo su presidencia, un grupo de trabajo en virtud de la Resolución número 652/1998 del Poder Ejecutivo uruguayo, con el objetivo de elaborar “un anteproyecto de ley de Derecho internacional privado susti-

siguiente tenor: “Artículo 1°. Se hace extensivo a las islas de Cuba, Puerto Rico y Filipinas el Código civil vigente en la Península, redactado de conformidad con lo dispuesto en la ley de 11 de mayo de 1888, y aprobado por Real decreto de 24 del actual. Art. 2°. Empezará a regir este Código en las islas referidas a los veinte días siguientes de su publicación en los periódicos oficiales de las mismas. Art. 3°. En armonía con lo dispuesto en el artículo 1° del mismo Código, las leyes regirán en las provincias de Ultramar a los veinte días de su promulgación, entendiéndose ésta hecha el día en que termine su inserción en los periódicos oficiales de las islas. Dado en San Ildefonso a treinta y uno de Julio de mil ochocientos ochenta y nueve”. También el citado Código español rigió en Filipinas durante la época de dominación del país por los Estados Unidos de América, tras el Tratado de paz entre España y Estados Unidos de América, firmado, en París el 10 de diciembre de 1898, cuyas ratificaciones se canjearon en Washington el 11 de abril de 1899, por el que España cedió Cuba, Puerto Rico, las islas que estaban bajo su soberanía en las Indias Occidentales, la isla de Guam en el archipiélago de las Marianas o Ladrones, y el archipiélago “conocido por las Islas Filipinas” (arts. I a III). Al alcanzar la independencia política, lo que ocurrió el 4 de julio de 1946, se pensó en la redacción de un Código Civil nuevo y para los trabajos se nombró una comisión integrada por Guevara, Ylagan y Capistrano, los cuales redactaron un proyecto de Código Civil que después de ser aprobado por el Congreso fue firmado por el presidente de la República el 18 de junio de 1949, y comenzó a regir el 1 de julio de 1950, vid. Riera Aisa, L.: *Código Civil*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, t. IV, F. Seix, Barcelona, 1952, p. 254. Como nota curiosa se advierte que aún hoy, en algunos textos escolares de enseñanza primaria y media, se sostiene que España sigue poseyendo territorios de su soberanía en Micronesia porque algunos quedaron fuera de las líneas y coordenadas señaladas en el art. III del citado Tratado (téngase en cuenta que Filipinas se compone de unas 7.100 islas e islotes), y esa circunstancia no fue advertida por los negociadores, e incluso durante el régimen de Franco (1938-1975), en un consejo de Ministros, se ponderó la idea de su reclamación que, muy acertadamente, fue rechazada de plano. Sobre esos territorios España dejó de ejercer su soberanía “efectiva” desde 1898, lo que produjo una derrelicción y, convertidos así en *res nullius* fueron ocupados, conforme a Derecho internacional, por otros Estados de la región. Son éstos: Kapingamarangi y Nukuoro, hoy pertenecientes a la Federación de Estados de Micronesia, Mapia que pertenece a Indonesia, y Rongerik y Uliithi incorporados a Islas Marshall.

tutivo del Apéndice del Título Final del Código Civil de la República”⁵.

Y el avance en la modernización de las codificaciones nacionales del Derecho internacional privado no se ha detenido al comenzar el siglo XXI, pudiendo señalarse en este sentido el Proyecto boliviano de 2009, la Ley 7, de 8 de mayo de 2014, que adopta el Código de Derecho internacional privado de la República de Panamá, por cierto de no pacífica recepción por los operadores del Derecho, y a mi juicio manifiestamente mejorable, así como la Ley número 544-14 de Derecho internacional privado de la República Dominicana, de 15 de octubre de 2014.

Por lo que a Paraguay atañe, uno de los Estados fundadores de Mercosur, como ya se ha dicho, junto a Argentina, Brasil y Uruguay, cabe decir que esta República adoptó el Código de Vélez Sarsfield, es decir, el Código Civil argentino, que ya en el siglo XX fue sustituido por el nuevo Código Civil contenido en la Ley número 1183/1986, para el cual sirvieron de base diversas instituciones del de Vélez Sarsfield en los trabajos del jurista paraguayo Luis de Gásperi, los cuales fueron adoptados por la Comisión Nacional de Codificación para la reforma impulsada por este órgano. Y al hacer referencia a la doctrina jurídica paraguaya no sería justo el olvido de los nombres de aquéllos que con sus obras contribuyeron a formar, al menos en el ámbito del Derecho internacional público, un cuerpo de doctrina internacionalista en su país. Así ya en 1841 vieron la luz, en Paraná, las *Lecciones de Derecho Internacional* de Ramón Ferreira, y el primer tercio del siglo XX cuenta, ocupándose de temas propios de la época, con las de Blas Miranda: *Historia diplomática de la América. La doctrina de Monroe ante el Derecho Público Internacional* (Asunción, 1914), Juan Soler: *Pacifismo internacional del Paraguay* (Asunción, 1924), las obras del profesor de Derecho internacional de la Universidad de Asunción Juan Stefanich: *La Sociedad de las Naciones. Su misión y sus fines* (Asunción, 1928) y *La Sociedad de Naciones y la doctrina Monroe* (Asunción, 1928), e Higinio Arbo: *Derecho internacional convencional* (Asunción, 1928), que en realidad no es sino el informe de la Delegación paraguaya a la Junta de Jurisconsultos que se celebró en Río de Janeiro en 1927. En fin, la del también profesor de Derecho internacional en la Universidad Nacional paraguaya Cecilio Báez: *Derecho internacional público europeo y americano* (Asunción, 1931-1932, 2 vols.). Y por lo que respecta al Derecho internacional privado también existen algunas obras de

5. Sobre los sistemas conflictuales de los Estados iberoamericanos, vid. Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Madrid, Edersa, 1995, 974 pp.; y sobre los de los Estados mercosureños vid.: Fernández Arroyo, D. P. (coord.): *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, 2003, 1438 pp.

la primera y segunda mitad del siglo XX, así la de C. Sáez: *Curso de Derecho Internacional Privado Americano* (Asunción, 1926), y la de Raúl Sapena Pastor: *Derecho Internacional Privado*, que apareció en 1945. En la actualidad hay que señalar el nombre del profesor Roberto Ruiz Díaz Labrano de la Universidad Nacional de Asunción.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARAGUAYO DE FUENTE INTERNA

1. Jurisdicción internacional

En este sector la propia doctrina paraguaya comienza reconociendo que las normas que determinan el alcance de la competencia jurisdiccional son confusas, ya que aparecen mezcladas las que determinan la jurisdicción y competencia internas con las relativas a la jurisdicción internacional, y además parecen limitar la autonomía de la voluntad para determinar la jurisdicción a la que las partes pudiesen someter la solución de sus diferencias ante un órgano jurisdiccional extranjero. Así se desprende del texto del art. 3 del Código de Procedimiento Civil según el cual: “La competencia atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptúase la competencia territorial, que podrá ser prorrogada por conformidad de las partes, pero no a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales”. De ahí que cuando la competencia internacional corresponda a los jueces paraguayos no es posible la prórroga a favor de jueces extranjeros, pero, en cambio, la norma no prohíbe la prórroga a favor de los jueces paraguayos cuando éstos no posean jurisdicción internacional.

Las reglas que fijan la jurisdicción internacional se hallan contenidas en la Ley número 879, de 2 de diciembre de 1981, que constituye el Código de Organización Judicial de la República, en el que existen normas sobre acciones personales, reales, derivadas de obligaciones, sobre contratos y sobre incapacidad relativa a la actividad de tutores y curadores. Igualmente contiene normas generales y competenciales que contemplan cuestiones civiles, comerciales, laborales, contencioso-administrativas y penales. Pero de la lectura de algunas de estas reglas más parece que se refieran a la jurisdicción y competencia internas que a la internacional, así el art. 16 del mencionado Código determina que: “En las acciones reales sobre inmuebles será competente el juez del lugar de su situación”, y para las referentes a bienes muebles “será competente el juez del lugar donde se hallen, o el del domicilio del demandado, a elección del demandante”, ¿quiere esto decir que para una con-

troveria entre dos paraguayos, domiciliados en el Paraguay, sobre la propiedad de un inmueble sito en Colombia los jueces paraguayos no pueden conocer del proceso? o ¿quiere decir esto que el legislador paraguayo fija la competencia unilateralmente de los jueces colombianos, como si fuese un legislador mundial?. Lo mismo cabe decir de otros preceptos, así el art. 17 del mismo Código que, en materia de acciones personales, señala como competente al juez del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado, o el del lugar del contrato con tal que el demandado se halle en él aunque sea accidentalmente, añadiéndose que quien no tenga domicilio conocido podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre. Sí, en cambio, presenta una proyección internacional el art. 19 del referido Código al disponer que respecto de contratos que deben cumplirse en la República tienen jurisdicción los jueces paraguayos aunque el demandado no tenga en el Paraguay su domicilio o residencia. Por su parte el artículo 24 determina la jurisdicción de los jueces paraguayos respecto de cuestiones relacionadas con el sobrevuelo del territorio nacional, pero si se tratase de aeronaves extranjeras la jurisdicción sólo les corresponderá en el supuesto de infracciones a las leyes o reglamentos de seguridad pública, militares, fiscales o de seguridad aérea, o cuando queden comprometidos la seguridad o el orden público, o afecten al interés del Estado o demás personas, o bien si se hubiere realizado en el territorio nacional el primer aterrizaje después de ocurrido el hecho. El art. 25 extiende la jurisdicción internacional de los jueces paraguayos sobre hechos y actos que tengan lugar a bordo de aeronaves de bandera paraguaya hallándose en vuelo sobre la alta mar o, cuando no fuese posible precisar sobre qué territorio volaba la aeronave cuando se produjo el hecho o acto. Y si éstos hubiesen tenido lugar a bordo de aeronave de bandera paraguaya, en vuelo sobre territorio extranjero, la jurisdicción internacional de los jueces paraguayos sólo podrá desplegarse en el caso de que se hubiesen visto afectados legítimos intereses nacionales, una regla, como se ve, muy restrictiva. De nuevo la falta de dimensión internacional se constata en el art. 23 que contempla las acciones derivadas del contrato de trabajo, o de la ley, promovidas por el trabajador, puesto que el precepto determina la competencia del juez que haya elegido el trabajador de entre éstos: el del lugar de ejecución del trabajo; el del domicilio del empleador; el del lugar de celebración del contrato; y el del lugar de residencia del trabajador cuando éste lleve a cabo el trabajo en varios lugares a la vez. Como se ve la norma no puede referirse a jurisdicción internacional, sino a jurisdicción y competencia puramente internas. En fin, lo propio sucede en materia sucesoria, no contemplada en el Código de Organización

Judicial sino en el art. 2449 del Código Civil, según el cual: “La jurisdicción sobre la sucesión corresponde al juez del lugar del último domicilio del causante”, por tanto si este precepto se aplica al ámbito internacional se daría el caso de que respecto de un causante paraguayo cuyo caudal relicto íntegro (bienes inmuebles, muebles) se encuentra en el Paraguay, pero que ha fallecido con último domicilio en Uruguay, los jueces y tribunales paraguayos no tendrán jurisdicción para conocer del juicio sucesorio, una solución que a todas luces carece de sentido. A la vista de lo expuesto es claro que esa legislación reclama una necesaria modificación, en la que figuren, en primer término, las normas que determinen en qué casos tendrán jurisdicción o competencia internacional los jueces paraguayos (pues en esta primera fase no hay distinción entre ambos conceptos al tratarse de la designación en abstracto, como bien señala Rigaux ⁶, y en segundo lugar las relativas a la jurisdicción y competencia internas (donde ya sí se distingue entre jurisdicción y competencia) que son las que, una vez comprobada la jurisdicción internacional a favor de los jueces y tribunales paraguayos, determinarán qué juez o tribunal de entre todos los paraguayos tiene jurisdicción y competencia ⁷.

2. Ley aplicable

Como sucede en todos los Estados, el Derecho internacional privado paraguayo se compone de normas de fuente internacional y de fuente interna, esto es, procedentes de tratados internacionales y las promulgadas por el Poder Legislativo. En cuanto a las primeras, de conformidad con el art. 141 de la Constitución Nacional, sancionada el 20 de junio de 1992, por cierto una de las más avanzadas y modernas de la región, los tratados “...válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno”. Por lo que se refiere a normas convencionales cabe señalar que Paraguay es parte en convenios multilaterales elaborados en el marco de las Naciones Unidas como la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, y la Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, en el marco de la Conferencia especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, como la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, hecha en Panamá el 30 de

6. Rigaux, F.: *Derecho internacional privado. Parte general*, trad. esp., Madrid, 1985, p. 175.

7. Vid. Ruiz Díaz Labrano, R.: en *Derecho internacional privado de los Estados del Mecosur*, op.cit., pp. 245-249.

enero de 1975, aspecto que, por cierto, ya contaba bilateralmente con antecedentes, pues la cuestión quedó regulada con Argentina en el siglo XIX a través del Convenio de 31 de agosto de 1881 por el que ambos Estados se comprometían a cumplimentar las comisiones rogatorias tanto en materia civil como penal, pudiendo comprender las primeras la presentación, inspección, examen, revisión de títulos, y cualquier diligencia necesaria para la decisión de la causa, teniéndose en cuenta siempre y valorándose las excepciones que pudieran hacer las partes, por ser siempre quienes las cumplimentan jueces conforme a derecho, en tanto que las penales se limitaban a la citación, interrogatorio y redacción de las deposiciones de los testigos, examen de copias o traducciones, comprobación o remisión de documentos, y en general, cualquier diligencia propia para la investigación o esclarecimiento de hechos que fuesen base de la acusación, estableciendo el convenio que los gastos correrían a cargo de la parte interesada, cuando se tratase de comisiones en materia civil, y tratándose de causas penales a cargo de las autoridades del país donde se hubiese expedido la comisión⁸. Paraguay es también parte en la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979, y en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado del Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, y el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, y en el del UNIDROIT del Convenio sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 25 de junio de 1995. Igualmente es parte en otros como en el sector del arbitraje y la mediación, así el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, y el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965. A lo que debe añadirse la ratificación por Paraguay de los ocho tratados de Montevideo, adoptados en 1889, por Ley de 3 de septiembre de 1889, y la firma, por Raúl Sapena Pastor y Emilio Saguier Aceval, de las reformas introducidas, en cuatro de ellos, en 1940.

Ahora bien, esto dicho, como el rótulo de este epígrafe precisa el acento se pone aquí sobre las reglas del Derecho internacional privado paraguayo de fuente interna, es decir, en las reglas conflictuales que emanan del legislador. El vigente Código civil de la República del Paraguay, de 23 de diciem-

8. Calvo, C.: *Le Droit international théorique et pratique*, 4^a ed., t. II, Paris-Berlín, 1888, p. 391.

bre de 1985, fue promulgado por la Ley 1183/1986 y su sistema de Derecho internacional privado está contenido, dentro del Título Preliminar, en los artículos 11 a 26, presentando la importante novedad de haber unificado, como hizo el Código Civil italiano de 1942, el Código Civil y el Código de comercio. Esas dieciséis reglas conflictuales son de carácter general, como lo son las de tantos sistemas nacionales, y aunque después puede decirse que reciben un cierto desarrollo en los Libros que componen el Código, se puede afirmar que no constituyen un verdadero cuerpo orgánico de reglas de Derecho internacional privado. También hay algún desarrollo en leyes especiales como, por ejemplo, en la Ley número 154/1969, referente a quiebras y convocatorias de acreedores, que ha sido modificada por el propio Código Civil.

Los artículos 11 a 15 regulan las cuestiones relativas al estatuto personal, para el que se adopta la conexión *domicilio*, comenzando por “la existencia, el estado civil, la capacidad e incapacidad de hecho de las personas físicas domiciliadas en la República” todo lo cual, ya “sean nacionales o extranjeras”, será juzgado “por las disposiciones del Código, aunque no se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República” (art. 11), en tanto que “la capacidad e incapacidad de hecho de las personas domiciliadas fuera de la República serán juzgadas por las leyes de su domicilio, aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República” (art. 12). En cuanto al “que es menor de edad según las leyes de su domicilio, si cambia éste al territorio de la República, será considerado mayor de edad, o menor emancipado, cuando lo fuere conforme con este Código”, y “si de acuerdo con aquellas fuese mayor o menor emancipado, y no por las disposiciones de este Código, prevalecerán las leyes de su domicilio, reputándose la mayor edad o la emancipación como un hecho irrevocable” (art. 13). En lo referente a “la capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que éste pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuere el domicilio de sus otorgantes” (art. 14), precepto derogado por el art. 18 de la Ley número 5393, de 17 de diciembre de 2014. Se establece la igualdad de sexos en materia de capacidad de derecho y de hecho, y así se dice que “la capacidad de derecho y de hecho es igual para el hombre y la mujer, cualquiera sea el estado civil de ésta, salvo las limitaciones expresamente establecidas por la ley” (art. 15), precepto que, junto a otros treinta y nueve atinentes al Derecho de familia, fue derogado por la Ley número 1, de 15 de julio de 1992. En cuanto a las personas morales el artículo 26 determina que: “La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado constituidas en el extranjero se regirán por las leyes de su domicilio,

aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República". En materia de sucesiones el artículo 25 determina que: "La sucesión legítima o testamentaria, el orden de la vocación hereditaria, los derechos de los herederos y la validez intrínseca de las disposiciones del testamento, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes, se rigen por la ley del último domicilio del causante, pero la transmisión de bienes situados o existentes en el territorio nacional estará sujeta a las leyes de la República". Para los supuestos de fallecimiento de nacionales intestados en el extranjero Paraguay ya tempranamente reguló a través de algún convenio la intervención consular, como el tratado celebrado con Argentina, de 29 de julio de 1856, cuyo artículo 16 contemplaba que tras la muerte de un nacional respectivo, el cónsul general, o el cónsul, o el vice-cónsul de su nación procedería a realizar el inventario, constituyendo el depósito debidamente sellado, y, en su caso, la enajenación de los bienes del causante, de común acuerdo con el executor testamentario o el curador que nombraría el gobierno, hasta la partición de los bienes entre los herederos legítimos, o entre los acreedores.

El estatuto real viene regulado en los artículos 16 a 21. Conforme al art. 16 "los bienes, cualquiera sea su naturaleza, se regirán por la ley del lugar donde están situados, en cuanto a su calidad, posesión, enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles". Por lo atinente a los derechos de crédito éstos "se reputan situados en el lugar donde la obligación debe cumplirse", y en caso de que no pudiese determinarse dicho lugar, "se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor", añadiéndose que "los títulos representativos de dichos derechos y transmisibles por simple tradición se reputarán situados en el lugar donde se encuentren" (art. 17), precepto éste que igualmente ha sido derogado por el ya citado art. 18 de la Ley número 5393, de 17 de diciembre de 2014. Supuesto un cambio de situación de los bienes muebles ello "no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición", pero "los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación de tales derechos", advirtiéndose seguidamente que "el cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables" (art. 18). Según el art. 19: "Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, prevalecen sobre los del primer adquirente. Los derechos de

propiedad industrial "están sometidos a la ley del lugar de su creación, a no ser que la materia esté legislada en la República", en tanto que los derechos intelectuales "son regidos por la ley del lugar de registro de la obra" (art. 20). En fin, los buques y aeronaves "están sometidos a la ley del pabellón en lo que respecta a su adquisición, enajenación y tripulación", y "a los efectos de los derechos y obligaciones emergentes de sus operaciones en aguas o espacios aéreos no nacionales, se rigen por la ley del Estado en cuya jurisdicción se encontraren" (art. 21).

Dentro del estatuto formal se reconoce como única conexión la dada por Cuneus en su secular regla *locus regit actum*, proclamándose, como no podría ser de otro modo, la regla *auctor regit actum* en lo procedente, así el artículo 23 establece que "la forma de los actos jurídicos, públicos o privados, se rige por la ley del lugar de su celebración, salvo los otorgados en el extranjero ante los funcionarios diplomáticos o consulares competentes, la que se sujetará a las prescripciones de este Código". En cuanto a los actos jurídicos celebrados en el extranjero, relativos a inmuebles situados en la República, "serán válidos siempre que consten en instrumentos públicos debidamente legalizados y sólo producirán efecto una vez que se los haya protocolizado por orden de juez competente e inscripto en el registro público" (art. 24) ⁹.

De los llamados "problemas generales", solamente aparecen regulados el relativo a la aplicación de la ley extranjera, primando siempre el principio in favor, y el atinente al orden público, así el artículo 22 dispone que: "Los jueces y tribunales aplicarán, de oficio, las leyes extranjeras, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de ellas", por último, el citado precepto finaliza con un párrafo según el cual: "No se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos".

Como puede observarse el sistema conflictual del Código Civil, en el que se advierten importantes y numerosas lagunas (calificación, reenvío, fraude de ley, cuestión previa, efectos del matrimonio, tutela, donaciones, obligaciones no convencionales, gestión de negocios, representación legal y voluntaria, etc.) no hace referencia alguna a una cuestión tan crucial cual es la ley aplicable a las obligaciones convencionales; un grave defecto que Paraguay subsana ahora en su ordenamiento jurídico con la Ley 5393/2014.

9. Vid. Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *op. cit.*, pp. 549-551; y Ruiz Díaz Labrano, R.: *op. cit.*, pp. 99-105.

III. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Tampoco este sector escapa a las críticas de la propia doctrina paraguaya y desde el propio rútilo, pues el Código de Procedimiento Civil aborda la cuestión dentro del Título III y concretamente en el capítulo II que alude a “De la ejecución y eficacia de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”, advirtiéndose que el orden terminológico es incorrecto ya que debería referirse antes a la eficacia y después a la ejecución puesto que la sentencia extranjera que no tenga eficacia difícilmente podrá ser ejecutada. Además de que el término “sentencia” resulta insuficiente y debería referirse a “resoluciones” de contenido mucho más amplio. Del art. 532 del citado Código puede colegirse que las sentencias dictadas por tribunales extranjeros tendrán en el Paraguay, en primer término, la fuerza ejecutoria que determinen los tratados internacionales vigentes con el Estado de procedencia de la sentencia y, a falta de éstos, cuando concurran los requisitos que el propio precepto relaciona: 1) que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que fue pronunciada, emane de tribunal competente en el orden internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero; 2) que no se halle pendiente ante un tribunal paraguayo una litis con el mismo objeto y entre las mismas partes; 3) que la parte condenada, domiciliada en la República, hubiere sido legalmente citada y representada en el juicio o declarada rebelde conforme a la ley del país donde se sustanció el proceso; 4) que la obligación que hubiere constituido el objeto del juicio sea válida según las leyes paraguayas; 5) que la sentencia no contenga disposiciones contrarias al orden público paraguayo; 6) que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada, y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional; y 7) que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal paraguayo. Requisitos de los cuales algunos de ellos, a juicio de Ruiz Díaz Labrano, “no se compadecen con reglas ya hace tiempo aceptadas por el DIPr y por principios consolidados en la República con relación a cuestiones de competencia jurisdiccional y de competencia legislativa”, entendiéndose lamentable el que la sentencia deba ser consecuencia del ejercicio de una acción personal o real sobre un mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio seguido en el extranjero, lo que hace el precepto incomprensible, pues el legislador considerando que la ley aplicable a bienes inmuebles es

territorial, y de que es aplicable, cuando el bien mueble se encuentra en territorio paraguayo, la ley local en aplicación de la regla *lex rei sitae*, “confundió en un grado tal las reglas del DIPr que consagró un verdadero absurdo, vulnerando principios de esta materia”, y ello porque no existe obstáculo alguno a que por un tribunal extranjero se discutan los efectos o las relaciones de carácter real inmobiliario o mobiliario. En cuanto al requisito de que no se halle pendiente una litis ante tribunal paraguayo, si bien en principio le parece razonable al citado autor, en cambio esa razonabilidad decae al entender que lo que correspondería sería una “acumulación procesal”, con el fin de evitar acciones artificiosas con las que se pretenda burlar, o evitar, la ejecución de sentencias legítimas que han sido dictadas por tribunales internacionalmente competentes. De otra parte, se desprende del art. 224 del citado Código de Procedimiento Civil una inaceptable discriminación cuando señala que la litispendencia será admisible como excepción previa, y a renglón seguido añade que: “La acción intentada ante un tribunal extranjero no importa litispendencia”. Igualmente es criticable que al referirse a la citación legal y representación en juicio de la parte condenada o declarada rebelde se reduzca a las personas *domiciliadas en la República*. En cuanto a que la obligación sea válida “según nuestras leyes” efectivamente parece ser limitativa de instituciones desconocidas que únicamente deben ser rechazadas cuando sean contrarias al orden público internacional paraguayo. Respecto a la expresión “orden público paraguayo” no parece que pueda ser objeto de crítica; lo sería la de “orden público interno”, y aunque no admite dudas la de “orden público internacional” si se expresase “orden público paraguayo” la referencia parece claro que se hace al “internacional” que, por supuesto, nada tiene que ver con el interno, pues, como acertadamente señala el mencionado autor, si toda cuestión de orden público internacional abarca al orden público interno las cuestiones afectadas por éste último no son de orden público internacional. Efectivamente, por poner un ejemplo referido a la legislación española el testamento mancomunado está prohibido para unos determinados españoles mientras está permitido para otros, lo que significa que no cabe en España rechazar la aplicación de una ley extranjera que admita ese tipo de testamento aduciendo que ataca al orden público “internacional” español, por lo que, lejos de su inaplicación, tal ley tiene que ser aplicada por los tribunales españoles.

De conformidad con el art. 533 del Código Civil paraguayo el juez competente para conocer del procedimiento de exequátur es “el juez de primera instancia de turno que corresponda”, y al testimonio de la sentencia (o resolución), debidamente traducida si no estuviere redactada originalmente en

idioma español, y revestida en todo caso de la legalización consular (Paraguay no es parte en el Convenio de la La Haya, de 5 de octubre de 1961, suprimiendo la legalización de los documentos públicos extranjeros), se acompañará la acreditación de que la sentencia se halla ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada. En caso de que no se cumplan los requisitos exigidos pueden éstos ser cumplimentados posteriormente, indicando el juez qué defectos han de ser subsanados.

El procedimiento de exequátur viene regulado en el art. 534 del Código de Procedimiento Civil, que prevé dar traslado al condenado por plazo de seis días, con notificación por cédula, así como por el mismo plazo al Ministerio Fiscal, aplicándose las normas de los incidentes si hubiere oposición. A la luz de este precepto al juez compete investigar la existencia del posible tratado internacional y adoptar todas las medidas pertinentes para evitar cualquier frustración en el cumplimiento de la sentencia. Por su parte el art. 537 establece que: "Los jueces paraguayos darán cumplimiento a las medidas cautelares que les fueren solicitadas por jueces extranjeros, siempre que tales medidas fueren procedentes conforme al derecho paraguayo y el peticionante diere contracautela en los términos del art. 693, inc. c)". Es de señalar que, según Ruiz Díaz Labrano, "el Código utiliza expresiones que contrarían los principios reconocidos en la Constitución", lo que debe llevar a los jueces a extremar la prudencia en la aplicación de su normativa para evitar una contradicción entre sus reglas y la *Norma normarum*.

En fin, la Ley número 1897 de Arbitraje y Mediación, de 11 de abril de 2002, regula en los arts. 44 a 48 el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, proclamando, obviamente, la primacía de los tratados internacionales pertinentes que estén vigentes para el Paraguay ¹⁰.

IV. LA LEY NÚM. 5393 SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

La Gaceta Oficial de la República del Paraguay, dentro de la Sección Registro Oficial, de 20 de enero de 2015, páginas 2 a 5, publica la Ley número 5393 sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales, compuesta por diecinueve artículos. Con ésta se da un impulso al sistema paraguayo de Derecho internacional privado, que en el ámbito de las obligaciones convencionales presentaba una llamativa laguna. La paraguayana no fue la única legislación, si se repasa el Derecho comparado, que adoleció de ese defecto

10. Vid. Ruiz Díaz Labrano, R.: en *op. cit.*, pp. 482-489.

pues la española, por citar un ejemplo próximo, careció de norma de conflicto sobre ley aplicable al fondo de los contratos durante más de ochenta años, y el defecto no fue corregido hasta 1974 cuando entró en vigor el texto del nuevo Título Preliminar del Código Civil incorporando la regla en el art. 10.5 ¹¹ que hasta hoy no ha sufrido modificación, si bien la normativa se ha visto ampliada con la vigencia para España del Derecho de la Unión Europea, que en nada afecta a la norma del Código Civil ya que ésta es aplicable a los contratos que quedan excluidos por la legislación comunitaria. Y esa ausencia de norma se daba cuando podría haber servido de modelo un viejo texto, bastante moderno para su época, aplicable en la zona del Protectorado español en Marruecos, que era el art. 20 del Dahir de 1 de junio de 1914, sobre la condición de los españoles y extranjeros en Marruecos, y también el anteproyecto de reforma del Título Preliminar del Código Civil redactado por el profesor Yanguas Messía ¹². Hecha esta digresión, hay que recordar que en el Derecho internacional privado de los Estados iberoamericanos los Códigos Civiles, que no fueron todos, que incluyeron la oportuna regla conflictual oscilaron entre tres soluciones: aquéllos, como por ejemplo, el de Honduras (art.14) que proclaman que los contratos celebrados en el extranjero que hubieren de cumplirse en el Estado se arreglarán a las leyes de éstos; la aplicación de la *lex loci solutionis* como hace el art. 2399 del Código Civil uruguayo y el art. 14 del de Nicaragua; y la aplicación de la *lex loci celebrationis* cual es el caso, por ejemplo, de los Códigos Civiles de Argentina (art. 1205), Costa Rica (art. 7), o Brasil (art. 9). En el Código Civil de Perú (arts. 2095 y 2096) la regulación aparece más elaborada admitiendo la autonomía

11. "Se aplicará a la obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la del lugar en que éstos radiquen".

12. Decía el Dahir: "Los contratos en cuanto a la materia objeto de los mismos, a las obligaciones que en ellos se pacten y a sus efectos jurídicos, se regirán por la ley a que las partes se sometiesen expresa o tácitamente. Si ésta no resultare determinada por acto alguno de los contratantes, ni pudiera inferirse de la naturaleza del contrato, ni de su texto, ni de la situación de los bienes sobre que verse, los tribunales habrán de atenerse a la ley del domicilio común de aquéllos; en su defecto, a la ley nacional, común también a los mismos, y si no tuviesen domicilio ni nacionalidad común a la ley del lugar en que se celebró el contrato". Y el art. 10 del anteproyecto decía así: "Las obligaciones contractuales, siempre que no contradigan lo establecido en los dos artículos anteriores o en las normas imperativas sobre la materia, se regirán por la ley a que las partes se hubieran sometido expresa o tácitamente. En su defecto, por la ley nacional común a los contratantes y, si fuere diversa, por la ley del lugar donde el contrato se celebre".

de la voluntad y, en su defecto, la aplicación de la ley del lugar de su cumplimiento, rigiendo la ley de la obligación principal si las obligaciones hubieren de cumplirse en países distintos y, caso de no poder ser ésta determinada, se aplicará la *lex loci celebrationis* que será igualmente aplicable si el cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, siendo, por lo demás, la ley competente la que determina las normas imperativas aplicables así como los límites de la voluntad de las partes contratantes.

La nueva ley paraguaya se inscribe en la moderna corriente fraccionadora de la relación jurídica contractual contemplando cada una de las piezas del “puzzle” de que se compone la compleja estructura de un contrato, especialmente en su dimensión internacional. Una regulación cuyo origen puede decirse que está en el Derecho comunitario europeo, concretamente en el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980, que fue modificado posteriormente en 1996 y en 2005, texto que ha sido sustituido, para los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009, por el “Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”.

La Ley número 5393 comienza señalando que su ámbito de aplicación abarca la elección de derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de la partes actúa en el ejercicio de su negocio o de su profesión, quedando excluidos los contratos de consumo, de trabajo, de franquicia, de representación y de agencia y distribución (art. 1), y que deberá ser interpretada de la manera más amplia posible, quedando excluidos aquellos en los que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado (art. 2). De conformidad con el art. 3 la ley no se aplica a la determinación del derecho aplicable a los siguientes aspectos: capacidad de las personas físicas, acuerdos de arbitraje y de elección de foro, a sociedades u otras asociaciones y fideicomisos, a los procedimientos de insolvencia y a la cuestión de saber si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona en nombre de la cual pretende actuar. El contrato, en primer lugar, se rige por el derecho que elijan las partes, sin que se requiera la existencia de vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción, y esta elección puede ser para la totalidad o para una parte del contrato, pudiendo también elegirse diversos derechos para diferentes partes del contrato, en la medida que éstas sean claramente distinguibles, y con posibilidad de que la elección pueda realizarse o modificarse en cualquier momento, si bien la elección, o modificación, realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar a su

validez formal ni a los derechos de terceros (art. 4). Este precepto, como se ve, proclama la omnimoda libertad que las partes tienen para la elección de ley aplicable, en la línea de los citados Convenio de Roma de 1980 y Reglamento “Roma I”, pero es más preciso que estos textos en cuanto que aclara que diversas partes del contrato pueden estar sujetas a diversos derechos, lo que aquéllos no hacen; por otra parte, en cuanto a la modificación que se produzca después de perfeccionado el contrato el “no debe afectar” a la validez formal y a los derechos de terceros, debería decir “no puede afectar”, pues si no existen derechos adquiridos por terceros la validez o invalidez formal queda reducida a una cuestión interpartes, pero existiendo tales derechos esa modificación no puede afectar, en modo alguno, a esos terceros.

El art. 5 se ocupa de aclarar que la referencia al término “derecho” incluye las normas de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas. Nada impide, pues, que las partes acudan a los Incoterms (cuya última versión es de enero de 2011) acordando que, en un contrato de compraventa, se interpreten los términos generalmente empleados en el ámbito del comercio internacional (“en fábrica o en almacén”, “franco vagón”, “FAS”, “FOB”, “C&F”, “CIF”, “EX SHIP”, “EX QUAY”, “Flete o porte pagado hasta”), conforme a las Reglas de la Cámara Internacional de Comercio de París, de la Compagnie Générale Transatlantique o a las reglas del UNIDROIT en la Ley Uniforme relativa a la venta internacional de mercancías. Por lo demás, ya se ha dicho que Paraguay es parte en la Convención de las Naciones Unidas, hecha en Viena, el 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, cuyas normas pueden ser expresamente excluidas por las partes, las cuales pueden establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos *ad libitum* conforme a su art. 6. La ley, pues, admite toda cláusula de contratos-tipo, naturalmente siempre que no se oponga al orden público internacional paraguayo, que, nacidos de la práctica, constituyen la expresión escrita de los usos del comercio internacional que, desde el siglo XIX han venido adoptándose a través de fórmulas tipo en las que se estipulan las condiciones generales del contrato, o prevén con detalle todas las estipulaciones, recuérdese, por ejemplo, que la célebre London Corn Trade Association, creada en Londres en 1877, para el comercio de cereales propuso al menos sesenta fórmulas de contratos¹³. En definitiva, reconoce la libertad de las partes para elegir un derecho no nacional, “transnacional”, como

13. Loussouarn, Y.-Bredin, J. D.: *Droit du commerce international*, Paris, 1969, p. 673.

son las costumbres del comercio internacional conocidas como *lex mercatoria*¹⁴.

La ley número 5393 es, por otra parte, genérica al no establecer una regulación concreta de ciertos contratos, que la propia ley no excluye de su ámbito de aplicación, como hacen el Convenio de Roma de 1980 y el Reglamento "Roma I" con los contratos de transporte y de seguro, además de otras los que la ley paraguaya no puede ser aplicada, o como hacen codificaciones recientes como el Código panameño de Derecho internacional privado (Ley 7, de 8 de mayo de 2014) que establece reglas específicas para los contratos de venta internacional, factoring, préstamo internacional, *leasing*, *trust* y fideicomiso y donación.

El art. 6 determina que la elección del derecho aplicable al contrato, o toda modificación en ésta, ha de efectuarse de manera expresa o debe desprenderse claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias, entendiéndose que la elección de foro nacional, o de tribunal arbitral, en modo alguno equivale, por sí misma, a una elección del derecho aplicable, la cual, salvo que las partes establezcan otra cosa, no está sujeta a condición alguna en cuanto a su forma (art. 7).

El art. 8 se refiere concretamente al acuerdo sobre la elección de derecho, y establece que la determinación de si las partes contratantes acordaron una elección de un determinado derecho, queda sujeta al derecho presuntamente elegido. En caso de que las partes utilicen cláusulas estándar o de adhesión que indiquen diferentes derechos y bajo ambos derechos prevalezcan las mismas cláusulas estándar, el derecho aplicable es el indicado en tales cláusulas estándar, y si bajo estos derechos prevalecieren distintas cláusulas estándar, o caso de que no prevalezca ninguna de ellas, en ese caso se considera que no ha habido elección de derecho. En fin, el citado precepto finaliza diciendo que el derecho del Estado en que una parte tiene su establecimiento determina si esa parte consintió en la elección de derecho si, en vista de las circunstancias, no es razonable determinar esta cuestión según el derecho mencionado en este artículo. Por otra parte, la elección de derecho no se puede impugnar invocando únicamente que el contrato al que se aplica no es válido (art. 9). En cuanto a qué ha de entenderse por "derecho aplicable" la ley en su art. 10 excluye el reenvío que las reglas de conflicto del derecho elegido puedan hacer a otro derecho, a menos que las partes acuerden expresamente la admisión del reenvío, con lo que se aparta del criterio del Convenio de Roma de 1980 y del Reglamento "Roma I" que, como norma general, y salvo que el

14. Quoc Dinh, N.-Daillier, P.-Pellet, A.: *Droit international public*, 6ª ed., Paris, 1999, p. 1047.

texto dispusiese otra cosa, prohíben todo reenvío. La prohibición del reenvío que, en principio, hace la ley paraguaya se acomoda a la mayor parte de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado que lo excluyen en materia contractual, como también hace alguna codificación internacional como el Convenio de La Haya, de 15 de junio de 1955, sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales, cuyo art. 2 alude a la "ley interna del país designado por las partes contratantes". Y si es discutible su admisión en ausencia de elección de ley aplicable por las partes (así, por poner un ejemplo, la vieja sentencia del Tribunal Supremo de la República Federal de Alemania, de 14 de febrero de 1958, admitió el reenvío de retorno de la ley italiana, que era la del lugar de ejecución, a la ley alemana, que era la del lugar de conclusión), en particular, desde luego, es rechazable si la ley aplicable es fruto del ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad de las partes, que, como se ha dicho, pueden conforme a la ley paraguaya acordar su admisión expresamente.

El art. 11 es sin duda el más polémico, y sobre la solución que contempla se podría debatir mucho y largo. Dice así: "1. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos. 2. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos". La búsqueda de la ley con la que la situación o la relación jurídica está más estrechamente vinculada, con la que tiene la conexión más fuerte, tiene una larga historia que se remonta a la glosa del maestro Aldricus (entre 1170-1200) en la que indica que el juez debe aplicar la ley "quae potior et utilior videtur... secundum quod melius ei visum fuerit", lo que para Gutzwiller no significa más que la aplicación de la ley que estuviese en más íntima relación con el objeto del litigio¹⁵, y modernamente a la aparición de la llamada "evasion clause" por utilizar, entre las muchas que se le han adjudicado, la expresión de P. H. Neuhaus, cláusula que inaugura la sentencia del Tribunal Federal suizo, de 7 de marzo de 1950, relativa al caso *Unitrade A. G. c. Cem S. A.* que, por cierto, se refería a materia contractual. A partir de ahí, y del "Informe provisional" que G. S. Maridakis presentó al Institut de Droit International, el 1 de febrero de 1956, ciertas reglas de conflicto, en la

15. Gutzwiller, M.: *Le développement historique du droit international privé*, en Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 29, p. 301. Otros autores opinan diferente, así Neumeyer y Wolff, vid. Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Derecho internacional privado, parte general*, vol. I (Introducción, historia doctrinal y codificación), Madrid, 1992, p. 295.

codificación nacional ¹⁶ y en la internacional ¹⁷, comenzaron a admitir ese tipo de cláusula determinando que, pese a las conexiones de la regla, si resultase de las circunstancias que el supuesto estaba más íntimamente conectado con otra ley, esta ley sería la aplicable. Y ese “no obstante” ha pasado a ser algo habitual en ciertas reglas conflictuales generando una copiosa literatura al respecto ¹⁸.

El art. 11 de la ley paraguaya no es una regla de conflicto con “cláusula de escape” porque no contiene conexiones de las que, dándose una, el juez “no obstante” tendría que huir de ella hacia la ley que viese como “más estrechamente vinculada” al caso controvertido ante él. El art. 11 contiene una regla con una conexión aplicable solamente como subsidiaria, esto es, en caso de que las partes no hubieren hecho uso de su autonomía de la voluntad, o habiéndolo hecho ésta resultare ineficaz. Pero, esto dicho, si se diese el supuesto, la conexión “vínculos más estrechos” apunta hacia un derecho indeterminado y, por lo tanto, las críticas que se hicieron por la doctrina de la época al “Informe provisional” de G. S. Maridakis no han perdido un ápice de validez sesenta años después: se dijo que tal indeterminación sólo causaría una “desconcertante confusión” (G. C. Cheshire), una “inestabilidad e incertidumbre jurídicas” (A. Makarov), sería una “peligrosa directiva” (J. Maury), que era “imprecisa y carente de certeza” (J. Yanguas Messía) ¹⁹.

De otra parte, está la compatibilidad de esta conexión “indeterminada” con la *ordinatoria litis* de cada país. En España están vigentes reglas con cláusula de escape pero no porque las haya promulgado el legislador español, sino porque vienen impuestas desde “fuera”, por convenios internacionales y Reglamentos de la Unión Europea, como en los citados Convenio de Roma de 1980 y Reglamento “Roma I”, o en el Reglamento (UE) número 650/2012 sobre sucesiones. Ahora bien, la practicabilidad de este tipo de norma ¿es compatible con el Derecho procesal civil español? Entiendo que no. Y ello porque nuestro sistema procesal no se limita a aplicar simplemente el principio *da mihi factum dabo tibi ius*, sino que impone ya al demandante, desde el primer momento, que en el escrito de demanda han de figurar la exposición

16. Ley de introducción al Código Civil alemán, de 25 de julio de 1986 (4. 5, 2ª parte); Ley federal suiza sobre el Derecho internacional privado, de 18 de septiembre de 1987 (art. 15); Código Civil de Québec (Canadá), de 18 de diciembre de 1991 (art. 3082).

17. Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (art. 4. 1); Convenio sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercaderías, hecho en La Haya el 22 de diciembre de 1986 (art. 8.3).

18. Vid., por todos, Dubler, C. E.: *Les clauses d'exception en droit international privé*, Georg & Cie-Librairie de l'Université, Gêneve, 1983.

19. Vid. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 47, 1957-II, p. 54 y ss.

de los hechos numerados y separados y los *fundamentos de Derecho* fijándose con claridad y precisión lo que se pida (art. 399 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), de tal manera que faltando alguno de estos requisitos la demanda será inadmitida. Eso significa que demandante, y el demandado, tienen que conocer *a priori* qué derecho va a ser aplicado por el juez a los efectos de poder argumentar sus respectivas pretensiones en función del mismo, y si la norma determina que la ley aplicable, por ejemplo, es la nacional común de las partes (ley X) y teniéndola “no obstante” el juez está obligado por la misma regla a aplicar el derecho que entienda está “más estrechamente vinculado” con el caso (ley Z), resulta evidente que las partes no han podido argumentar conforme al derecho que, al final, les es aplicado y en el que, probablemente, ni siquiera han pensado y que incluso puede que les depare un desagradable sorpresa. Lo cual, en España, a mi parecer, resulta contrario a la Constitución y ello podría inferirse también de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Y es muy posible que lo mismo suceda en otros muchos países. En conclusión, una cosa es el mandato de una norma y otra muy distinta que pueda ser cumplido en el marco del ordenamiento jurídico del Estado. Por eso las reglas de conflicto sobre la ley aplicable a un contrato deben señalar un derecho “determinado” sobre el que exista “certeza” del mismo: ley nacional común de los contratantes, en su defecto, ley del domicilio común, en su defecto, ley del cumplimiento de la obligación, y, en fin, ley del lugar de la celebración del contrato (en el orden que el legislador estime oportuno), porque se supone que las conexiones establecidas por el legislador son las que tienen “la más estrecha vinculación” con el supuesto de la norma, como hace el art. 1 de la Ley federal austriaca, de 15 de junio de 1978, sobre el Derecho internacional privado.²⁰ Fuera de este esquema, cuando no hay elección por las partes, o si ésta resulta ineficaz, la aplicación de otra ley, en principio indeterminada, tendría que efectuarse con la intervención de las partes y el juez. Y en ese caso las partes ya estarían haciendo uso de la autonomía de la voluntad. Otra cuestión es si en ese caso el Derecho procesal del foro permite que inmediatamente antes de la sentencia se modifiquen los fundamentos de Derecho que figuran en los escritos de demanda y contestación, y, en su caso, de réplica y dúplica. Y un último interrogante: si el juez paraguayo tiene que aplicar necesariamente el derecho con el que el contrato “tiene vínculos más estrechos”, y resulta que ese derecho es contra-

20. “Principio de la conexión más fuerte.- (1) Las situaciones que presenten vínculos con el extranjero se rigen, en materia de derecho privado, por el orden jurídico con el que exista el vínculo más fuerte. (2) Las reglas especiales sobre el orden jurídico aplicable (reglas de conexión) enunciadas en la presente ley federal deben ser consideradas como expresión de este principio”.

rio al orden público paraguayo ¿qué ley aplica? ¿la paraguaya, que puede no tener más que un vínculo muy laxo con el contrato? ¿la nacional común de las partes? ¿la del domicilio común?, y todo esto sin entrar a plantear la cuestión temporal. Evidentemente son conexiones posibles, pero esas no están previstas en la norma, por lo que la solución adoptada por el art. 11, intentando seguir las pautas modernas, desde luego muy discutibles, como se ha visto, no deja de ser altamente problemática al optar por la indeterminación frente a la certeza.

Esa conexión con un derecho desconocido *in limine litis* en realidad de convierte en una advertencia para los contratantes, a los efectos de que no olviden introducir en el clausulado del contrato la elección del derecho que ha de regirlo, lo que, por otra parte, no hacerlo en un contrato internacional es inconcebible, y las consecuencias de ello son bien conocidas por todos los bufetes de abogados con proyección internacional. Y lo mismo cabe decir de la cláusula de elección de foro, o de sumisión al arbitraje, dependiendo de la cuestión contractual sobre la que se prevé pudiera suscitarse la controversia, pues si se trata de un aspecto puramente técnico (p. ej. la calidad de una mercancía) es más apropiado el arbitraje técnico, en tanto que si se trata de una cuestión jurídica (p. ej. incumplimiento de una obligación) es más conveniente el arbitraje legal, esto es, la sumisión a los tribunales. Por ello, es muy conveniente introducir una cláusula de arbitraje mixto y, a efectos exclusivamente arbitrales, la elección de una entidad solvente como pueden ser en Europa la *Chambre de Commerce International de París*, el *London Court of Arbitration*, y en América la famosa *American Arbitration Association* que cuenta en su haber con más de dos millones de arbitrajes y presta sus servicios en más de ochenta países en doce lenguas diferentes.

Siguiendo con la ley, el art. 12 determina la aplicación, además y cuando proceda, de las normas, usos de comercio y principios de la contratación que sean preponderantes dentro del Derecho comparado, a fin de cumplir con las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto, y en cuanto a qué aspectos del contrato cubre la ley que le rige, el art. 13 sigue, en general, las líneas de las legislaciones actuales: su interpretación, los derechos y obligaciones que se derivan del contrato, su ejecución y las consecuencias de su incumplimiento, incluida la valoración de los daños y perjuicios, los diferentes modos de extinción de las obligaciones, la prescripción y la caducidad, la validez y consecuencias de la nulidad del contrato (lo que no excluye la aplicación de cualquier otro derecho que confirme la validez formal del contrato), la carga de la prueba y presunciones legales, y las obligaciones precontractuales.

En cuanto a la cesión contractual de un crédito que ostente un acreedor frente a un deudor, en virtud de un contrato que les vincule, se procederá, conforme al art. 14, así: si las partes del contrato de cesión de crédito hubieren elegido el derecho que rige su contrato, el derecho elegido es el que rige los derechos y obligaciones del acreedor y del cesionario derivados de su contrato; si las partes del contrato entre el deudor y el acreedor hubieren elegido el derecho que rige su contrato, ese derecho elegido determina: 1) si la cesión de crédito es oponible al deudor; 2) los derechos del cesionario contra el deudor; y 3) si el deudor se ha liberado de sus obligaciones. Por lo demás, en caso de que en un Estado se exija la inscripción o la publicación de determinados contratos, tales actos jurídicos se rigen por el derecho de ese Estado, conforme a lo dispuesto en el art. 15.

Para el supuesto de que se haya elegido el derecho de un Estado con dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes, la determinación de cuál de esos sistemas es el aplicable deberá hacerse conforme a lo que disponga el derecho de ese Estado, y en caso de que no pueda determinarse según esta fórmula el precepto remite a lo dispuesto en el art. 11, es decir, al sistema que presente “los vínculos más estrechos” con el contrato.

El art. 17 se ocupa de las leyes de policía y orden público así: la elección de derecho aplicable no impedirá que el juez aplique normas imperativas del derecho paraguayo que deben prevalecer aun en presencia de la elección de un derecho extranjero, pudiendo el juez tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso, teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación, y termina el precepto declarando que “el juez puede excluir la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes, si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público”, expresión desde luego suficiente pero que habría sido más completa si hubiese dicho del “orden público internacional paraguayo”.

El art. 18 deroga los arts. 14, 17, 297, 687 y 699 del Código Civil paraguayo, que no serán aplicables a los contratos internacionales, y declara igualmente derogadas cuantas disposiciones de leyes especiales se opongan a lo previsto en esta ley, en todo lo relativo al derecho aplicable a los contratos internacionales. En fin, el art. 19 ordena la comunicación al Poder Ejecutivo. La ley, fechada en Asunción el 14 de enero de 2015, aparece firmada por los Presidentes de las Honorables Cámaras de Diputados y Senadores, así como por los respectivos Secretarios Parlamentarios, y como tal Ley de la República se ordena la publicación e inserción en el Registro Oficial, figuran-

do a continuación la firma del Presidente de la República, señor Horacio Manuel Cartes Jara y de la Ministra de Justicia, señora Sheila Raquel Abed Duarte.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

Amalia URIONDO DE MARTINOLI (Argentina)*

Miembro del IHLADI

RESUMEN: El propósito de este trabajo es compartir algunas ideas sobre la manera en que a través de la nueva regulación se ha consolidado el principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado argentino, como ya lo admitía la doctrina y la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: Contratos internacionales- autonomía de la voluntad- derecho aplicable

ABSTRACT: The purpose of this paper is to share some ideas on how the principle of party autonomy has been reaffirmed in Argentine private international law by means of the new regulation, as it had already occurred in legal writing and in jurisprudence.

KEY WORDS: International contracts – party autonomy – applicable law

SUMARIO: I. Caracterización de la internacionalidad del contrato. II. Autonomía de la voluntad. 1. Derecho internacional privado de fuente interna; 2. Derecho internacional privado de fuente convencional. III. Modalidades en la elección de la ley. IV. Posibilidad de elegir varias leyes aplicables al contrato. V. Momento de la elección de la ley del contrato. Modificación de la ley elegida. VI. Exclusión del reenvío. VII. ¿Cuál es el alcance de la expresión derecho? VIII. Acuerdo sobre elección de derecho. IX. Autonomía de la voluntad material. X. Intervención de los principios de orden público y normas internacionalmente imperativas. XI. Reflexión final.

I. CARACTERIZACIÓN DE LA INTERNACIONALIDAD DEL CONTRATO

Para definir la internacionalidad de los contratos, las técnicas de regulación se bifurcan en dos grandes grupos: las que definen de manera negativa

Fecha de recepción del original: 28 de mayo de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 5 de junio de 2015.

* Catedrática de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina.

la internacionalidad del contrato y las que indican los elementos a tener en cuenta a tal efecto. Dentro del primero, cabe situar la nueva Ley de Paraguay N° 5393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales¹ que, luego de eliminar de su ámbito de aplicación a los contratos de consumo, contratos de trabajo, contratos de franquicia, representación, agencia y distribución (art. 1), opta por una descripción negativa, al excluir “aquellos en los que todos sus elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado” (art. 2)². La formulación del carácter internacional sigue el texto del art. 1.2 de los Principios sobre la Elección de la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales, propiciados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado³, que sirvieron de fuente de inspiración a la mencionada ley.

Precisa también de forma negativa la internacionalidad del contrato, el art. 1 de los Principios de UNIDROIT (2004) relativos a los contratos del comercio internacional, al expresar: “A los efectos de estos Principios, (i) un contrato es internacional salvo si las partes tienen su establecimiento en el mismo Estado y la relación de las partes y los demás elementos pertinentes, sea cual fuere la ley elegida, están vinculados únicamente a dicho Estado...”

Ilustran el segundo bloque, el Código de Derecho internacional privado de Panamá⁴, según el cual el contrato es internacional cuando: a) el domicilio de las partes se encuentra en Estados diferentes; b) la prestación u obligación contenida en el contrato recaiga sobre servicios, bienes o capital que produzcan sus efectos en el territorio de la República de Panamá; y c) los servicios, bienes o capital, su causa jurídica se haya perfeccionado en el territorio de la República de Panamá (art. 72).

Desde la perspectiva convencional, tenemos la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980 que prevé su aplicabilidad a los contratos entre personas físicas o jurídicas que tengan sus establecimientos en diferentes Estados contratantes, utilizando en forma residual la residencia habitual de ellas (arts. 1.1a y 10)⁵.

1. Gaceta Oficial 14/01/2015.

2. Ver comentario en J. A. Moreno Rodríguez, “Paraguay: Promulgada Ley No. 5.393 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, disponible en: <https://cartasblogatorias.com/2015/01/19/paraguay-promulgada-ley-no-5-393-sobre-derecho-aplicable-los-contratos-internacionales/> (consulta 10/07/15).

3. Texto aprobado en el 48° período de sesiones-Viena, 29 de junio a 16 de julio de 2015- por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), a solicitud de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (carta de fecha 10 de abril de 2015).

4. Gaceta Oficial N° 27.530, 8 de mayo de 2014.

5. Aprobada por Argentina mediante Ley 22.765 (B.O. 30/03/83).

La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (México, 1994)⁶, junto a la localización de las conexiones antes señaladas- residencia habitual o establecimiento de las partes⁷ - en varios Estados parte, añade “si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte” (art. 1). Los criterios a tomar en consideración en cada caso a resolver serían, por ejemplo, lugar de celebración o de ejecución del contrato, o el lugar del pago, los tratos preliminares a la negociación del contrato, siempre que estos contactos presenten vínculos con el territorio de más de un Estado parte del convenio. En este supuesto, la caracterización del contrato internacional ya no es obra del legislador sino de la autoridad competente.

El Convenio de La Haya de 22 de diciembre de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, subordina la aplicación de las normas convencionales a la existencia de conflicto entre las leyes de Estados diferentes (art. 1.b)⁸.

La primera constatación que cabe hacer es, que los textos normativos exponen de manera amplia o simplificada los criterios para determinar el carácter internacional del contrato. En cambio, las disposiciones de Derecho internacional privado del Código Civil y Comercial de la Nación⁹ argentina (en adelante CC y C) omiten mencionar el carácter internacional del contrato al comenzar la Sección 11 de la Parte especial (Capítulo 3). Aunque hace referencia a los vínculos económicos preponderantes del contrato con otros Estados, cuando impone la aplicación de las normas destinadas a salvaguardar los intereses públicos, el orden económico y social de cada uno de ellos -normas internacionalmente imperativas o leyes de policía- (art. 2651.e).

6. Conforme a lo dispuesto en el artículo 28, la Convención sólo se está en vigor para México y Venezuela.

7. Se advierte la influencia de la Convención de Viena de 1980 y de la Convención de La Haya de 1986.

8. Argentina la aprobó por Ley 23.916 (Boletín Oficial 22/04/1991) ADLA 1991 - B, 1703. De acuerdo al art. 2°. Al depositarse el instrumento de ratificación del mencionado convenio deberá formularse la siguiente reserva: La República Argentina hace reserva del art. 21, párrafo primero, letra c), en el sentido de que no aplicará la convención sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías en cuanto a la validez formal del contrato, cuando una de las partes tenga su establecimiento comercial en territorio argentino en el momento de celebrarse el contrato. Todavía no entró en vigor porque sólo Argentina la ha ratificado y Moldavia se ha adherido y el art. 27 requiere el depósito de cinco instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

9. Aprobado por ley 26.994 y promulgado según decreto 1795/2014.

II. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

1. Derecho internacional privado de fuente interna

La autonomía de la voluntad es un principio rector en materia de contratación internacional con sólido sustento en el derecho fundamental del ser humano al libre y pleno desarrollo de la personalidad, reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 29.1). Ahora bien, la tutela de la autonomía de la voluntad por los ordenamientos jurídicos está subordinada a cumplir con ciertos requisitos legales, tal como lo señala el segundo párrafo del citado artículo al enunciar: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática".

El respeto por la decisión individual, es el principio jurídico garantizado por el art. 19 de la Constitución Nacional argentina que proclama: "...Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Las disposiciones de Derecho internacional privado (en adelante DIPr.) del CC y C atribuyen a los particulares el poder de elegir tanto el derecho aplicable a sus relaciones jurídicas como el tribunal competente para conocer de sus controversias, ya sea un tribunal estatal o un tribunal arbitral (art. 2605). De esta forma, se ha consolidado por obra del legislador el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual internacional, ya que con anterioridad su recepción en el orden nacional se debía a la labor de la doctrina y de la evolución de la jurisprudencia.

En efecto, dentro del ámbito específico del derecho de las obligaciones contractuales el art. 1197 del Código Civil sustituido traduce el mencionado principio constitucional en el de la autonomía de las partes, facultando a los particulares a regular sus propias conductas por medio de contratos. La libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por el orden público y las buenas costumbres, tal como lo dispone el art. 21 del mismo cuerpo legal. Asimismo, la interpretación sistemática de las disposiciones del Código Civil que regulan los contratos internacionales dio pie a la doctrina para considerar que el DIPr. de fuente interna recoge la autonomía conflictual de alcance restringido: el contrato multinacional con contacto argentino se rige por la ley del lugar de cumplimiento (arts. 1209 y 1210); si las partes pueden

designar el lugar de cumplimiento (art. 1212), también están facultadas, aunque indirectamente, a elegir el derecho aplicable al contrato. Resultaría, entonces, una autonomía conflictual restringida a los lugares de efectiva ejecución del negocio.

Mientras que sobre la base del art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se puede dar a la autonomía conflictual un alcance más amplio. Se reconoce a las partes la facultad de prorrogar la jurisdicción a favor de jueces o árbitros que actúen fuera de la República en materia patrimonial y de índole internacional, salvo los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley. Por esta vía, las partes del contrato están eligiendo el DIPr. del país al que pertenezca el tribunal elegido e implícitamente el derecho privado rector del contrato, ya que éste ha sido señalado por las normas de conflicto legales¹⁰.

Este grado de libertad reconocido a las partes está también ratificado por la jurisprudencia del Máximo Tribunal argentino de la siguiente forma: "Que de acuerdo a una recomendable metodología de derecho internacional privado, para la determinación de la ley aplicable a un contrato con elementos multinacionales o a un aspecto de él, corresponde en primer lugar indagar si las partes han ejercido la facultad de elegir el derecho nacional aplicable al contrato o de incorporar al contrato normas materiales derogatorias de las normas coactivas del derecho privado rector del negocio, sin perjuicio del orden público del derecho internacional privado del juez con jurisdicción y de las normas de policía, que no pueden ser desplazadas por la autonomía referida -art. 19 de la Constitución Nacional, art. 1197 del CCiv.-"¹¹.

10. A. Boggiano, *Derecho internacional privado*, T. II, 3ª Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 255.

11. CSJN, diciembre 26-1995- "Méndez Valles, Fernando c. A.M. Pescio, S.C.A. s/ ejecución de alquileres", considerando 12. En este caso el actor intenta hacer valer una cesión de crédito formulada mediante instrumento privado fechado el 7 de enero de 1986, en Montevideo, Uruguay, y protocolizado ante escribano público, en la citada ciudad el 22 de octubre de 1987. La ejecutada opuso, entre otras defensas, la excepción de inhabilidad de título. Sostuvo que la documentación en la que se fundaba "la esgrimida e hipotética cesión" era nula, de nulidad manifiesta, puesto que la cesión de derechos litigiosos debía hacerse de conformidad con lo prescripto en el art. 1455 del Código Civil, es decir, escritura pública o acta judicial hecha en el respectivo expediente, lo que no se había cumplimentado en la transferencia de la obligación, diario *El Derecho*, 09/04/96. Cabe también citar, entre otras, la decisión de la CNacCom.- Sala D. agosto 20- 2004 "Editorial Perfil s/ Concurso" que confirmó la resolución apelada. En este caso, la concursada apeló contra el decreto en cuanto declaró verificado a favor de la incidentista un crédito por la suma de euros 315.935,92 con carácter quirografario. La base del crédito fue un contrato de compraventa internacional en el que se ha establecido convencionalmente que se somete a la ley alemana y por derivación a la misma jurisdicción. Al amparo de la libre determinación de las partes, la sala D de la Cámara decidió excluir el crédito de las normativas de emergencia dictadas en nuestro país (ley

El desarrollo doctrinario y jurisprudencial del ejercicio de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional a lo largo de la historia, se muda al nuevo derecho positivo argentino, para otorgar mayor previsibilidad y seguridad jurídica a los contratantes, quienes podrán adaptar sus comportamientos al derecho que cumpla mejor sus expectativas.

El art. 2651 del CC y C de la Nación admite de manera amplia la autonomía de la voluntad como punto de conexión principal de la norma de conflicto aplicable a los contratos internacionales, sea para elegir como para modificar la ley inicialmente elegida, a la vez que implica la posibilidad de fraccionar el contrato y seleccionar distintos derechos para regir las distintas partes o aspectos de éste, en lo que se denomina el *dépeçage* del contrato. Decimos de manera amplia, porque reconoce a los contratantes la facultad de elegir cualquier ley, esté o no vinculada al contrato, cuyas disposiciones se ajusten mejor a sus intereses materiales, excluyendo aquella que de otra forma resultaría aplicable.

En el ámbito americano, los ordenamientos estatales que tampoco exigen que las obligaciones convencionales tengan una conexión con el Estado cuya ley es designada y las partes o el negocio cabe citar: la Ley 5393 de Paraguay, cuyo art. 4. 4 lo manifiesta explícitamente al señalar que "no se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción"; la ley n° 544-14 de Derecho internacional privado de la República Dominicana, de 15 de octubre de 2014¹², que de forma simple y clara sólo dice que el contrato se rige por la ley elegida por las partes (art. 58); si bien el Código de Derecho internacional privado de Panamá establece como única limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, el orden público y el fraude a la ley aplicable (art. 77), en el supuesto que los contratantes hubiesen sometido al contrato a dos o más leyes, siempre que se cumplan con las condiciones mencionadas, pide que el derecho aplicable guarde una relación con la economía de la transacción o derivarse de una ley conocida por aquellos (art. 75); la Ley de Derecho internacional privado de Venezuela de 1998 (art. 29)¹³.

25.561/02) por expresa disposición legal en la materia, pues la vinculación contractual aparece subsumida en las disposiciones del decreto nacional 410/2002, art. 1: "Dispónese que no se encuentran incluidas en la conversión a Pesos establecida por el Artículo 1 del Decreto N° 214/02: e) Las obligaciones del sector público y privado de dar sumas de dinero en moneda extranjera para cuyo cumplimiento resulta aplicable la ley extranjera". De este modo, el crédito no estaría incluido en la conversión a pesos establecida por el art. 1 del decreto 214/2002, reglamentario de la ley citada. Sentencia publicada en Lexis Nexis N° 70024358.

12. Gaceta Oficial de la República Dominicana, 18 de diciembre de 2014, p. 20.

13. Gaceta Oficial de 6 de agosto de 1998.

En Europa, es posible mencionar Ley Federal Suiza sobre Derecho internacional privado (art. 116)¹⁴; la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho internacional privado 1986-1999 (art. 27), el Código Belga de Derecho internacional privado de 16 de julio de 2004 que recurrió como mecanismo de recepción a la incorporación por referencia de la Convención sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, concluida en Roma el 19 de junio de 1980, que no exige ningún lazo objetivo entre el contrato y la ley elegida (art. 3.1).

2. Derecho internacional privado de fuente convencional

La República Argentina es parte en convenios que otorgan a los contratantes la libertad de elegir el derecho del país que prefieran para regir sus obligaciones contractuales, sin exigir ninguna vinculación con el contrato o sus elementos. Cabe citar la Convención de La Haya del 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación¹⁵, cuyo artículo 5, primer párrafo, recoge la autonomía conflictual al disponer: "La legislación interna escogida por las partes regirá la relación de la representación entre el representado y el intermediario".

La Convención de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías reconoce al vendedor y al comprador un amplio margen de autonomía de la voluntad. Por un lado, podrán designar la ley aplicable al contrato de compraventa, excluyendo el Derecho uniforme en todo o en parte. Por otro, podrán establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o hacer variar sus efectos (art. 6).

En igual sentido se pronuncia la Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986 sobre la Ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, cuando establece en el artículo 7.1 que: "El contrato de compraventa se regirá por la ley elegida por las partes". Conforme lo anticipáramos, esta convención forma parte del derecho positivo argentino a pesar de no haber entrado en vigor por no haberse alcanzado el número de ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones o adhesiones necesarias (art. 27.1).

Esa misma directriz se puede apreciar también en otros instrumentos internacionales, por ejemplo, la Convención de México de 1994 rige el contrato por el derecho elegido por las partes que debe ser el vigente en un Estado, tal como lo establece el art. 17: "Para los efectos de esta convención se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado..."

14. Aprobada el 18/12/1987.

15. Aprobada por Ley 23.964 (B.O. 10/09/91).

Así también lo indica el art. 3 titulado “libertad de elección”, apartado 1 del Reglamento Roma I ¹⁶, cuyo texto es directamente aplicable en cada Estado miembro de la Comunidad Europea —a excepción de Dinamarca— y sustituye al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Declara en el considerando 11 que “La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales.”

III. Modalidades en la elección de la ley

El CC y C admite las dos modalidades de elección de la ley del contrato contempladas por distintos sistemas normativos: la forma expresa y la implícita. La elección manifestada en forma expresa debe constar en el contrato o en un documento aparte, generalmente por escrito o a través de intercambio de correos electrónicos, por fax o incluso de forma oral. Mientras que la segunda, requiere resultar de manera “cierta y evidente” de los términos del contrato o de las circunstancias del caso” (art. 2651, primer apartado). Lo que se pretende es que, a falta de manifestación expresa, sea posible esclarecer, sin duda alguna, esa voluntad de los elementos que configuran la totalidad de la relación contractual. De allí, que la disposición utilice el verbo “resultar” lo que implica que “debe seguirse un proceso jurídico que pondere todos los elementos del contrato y del caso y que permita, a través de un método lógico-inductivo o hipotético-deductivo, concluir en la existencia” ¹⁷, de una elección implícita de la ley aplicable.

Los sistemas varían en cuanto a la formulación de las exigencias a las que tiene que ajustarse la elección implícita de la ley del contrato, así por ejemplo, el art. 6 de la Ley N° 5393 de Paraguay condiciona la elección implícita a que se desprenda “claramente” de las disposiciones del contrato o de las circunstancias. De esta forma, reproduce el art. 4 de los Principios de La Haya, aunque omite añadir que la elección pueda inferirse de las circunstancias “del caso”. Más estricta resulta la condición para que se configure la manifestación implícita establecida por la Ley de Derecho internacional privado de la República Dominicana, ya que en caso de ausencia de acuerdo expreso, el acuerdo de las partes sobre la elección de la ley aplicable, debe desprenderse

16. El Reglamento 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

17. J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Ed. Colex, Madrid, 2009, pp. 126/ 130.

en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto” (art. 58, párrafo I).

Requerimiento que se reitera con disparidad terminológica en diversos instrumentos internacionales: la Convención de La Haya del 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, adopta una solución más flexible, aunque acumulativa, pues dispone que la elección de la ley debe ser expresa o “resultar con una razonable certidumbre de las disposiciones del contrato y de las circunstancias del caso” (art. 5.2).

La Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, también recurre a una fórmula acumulativa: el acuerdo de las partes sobre la elección de la ley deberá “resultar claramente de las estipulaciones del contrato y del comportamiento de las partes, considerados en su conjunto” (art. 7.1).

La solución acumulativa también la acoge la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994, al establecer que, en caso de ausencia de acuerdo expreso, la elección “debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto” (art.7).

El Reglamento Roma I indica, con una redacción muy exigente, que la elección implícita debe resultar de “manera inequívoca” de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Es dable advertir que incorpora de modo alternativo los elementos a tener en cuenta por el juzgador. En definitiva, lo que se pretende es que la elección de la ley del contrato no genere ninguna duda al intérprete. Para ello, será necesario analizar todos los datos relacionados con el contrato, su negociación, ejecución, o bien examinar los actos o hechos que rodean la operación contractual que permitan revelar la voluntad de las partes de someter el contrato a una determinada ley ¹⁸.

De acuerdo al CC y C, la elección de un determinado foro nacional no resulta apta para detectar la voluntad implícita de las partes en la selección de la ley aplicable al contrato (art. 2651, inc. g). También despojan de efectos vinculantes a la elección del foro, el art. 7 de la Convención de México de 1994 y el art. 59 de la ley de Derecho internacional privado de la República Dominicana, la diferencia es que ambos textos añaden el adverbio “necesariamente”, lo que justificaría considerar la opción por el foro como uno de los factores a ser tomados en cuenta para la designación tácita del derecho apli-

18. J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, ob. cit., pp. 125/132.

cable al contrato¹⁹. En ese sentido, se orienta también el art. 4 de los Principios de La Haya, cuando dispone que “Un acuerdo celebrado entre las partes con miras a declarar competente a un tribunal judicial o arbitral para dirimir controversias emanadas del contrato no será equivalente por sí mismo a la elección de la ley aplicable”.

El Reglamento Roma I no sólo despeja cualquier duda al respecto, sino que “a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato”, obliga a los tribunales a tener en cuenta el hecho de que las partes hayan acordado conferir “a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados a un contrato” (considerando 12).

IV. POSIBILIDAD DE ELEGIR VARIAS LEYES APLICABLES AL CONTRATO

El CC y C acepta, en la primera parte del art. 2651, la posibilidad del *dépeçage* o fraccionamiento del derecho aplicable al contrato por voluntad expresa o tácita de los contratantes. Dicha elección podrá referirse a la totalidad o a partes del contrato. Advertimos que la disposición utiliza el plural -partes- cuando admite el *dépeçage* de la operación contractual, tomando distancia de la Ley 5393 de Paraguay (art. 4.2.a); de la ley de Derecho internacional privado de la República Dominicana (art. 58, párraf. II), del Convenio de México de 1994 (art. 7), y del Reglamento Roma I (art. 3.1) que sólo indican la posibilidad de designar la ley aplicable a una parte del contrato. No obstante ello, la doctrina afirma que cabe la mención de una ley para una o las diversas partes de un contrato en la medida que éste pueda separarse en partes distintas²⁰. Se entiende por parte del contrato, una sección de éste “con autonomía jurídica y económica que es separable del resto del contrato”, tales como cláusulas penales, de garantía, revisión de precios, etc.²¹, las que pueden someterse a distintos derechos siempre que se garantice la coherencia de su reglamentación y sin que ello importe un perjuicio en el cumplimiento de la totalidad

del contrato²². Lo que se requiere es que la sujeción de cada aspecto del contrato a leyes distintas no conduzca a resultados contradictorios.

Ahora bien, si solamente se ha procedido a elegir el derecho aplicable a una sola parte del contrato, el resto será regido por el derecho determinado de acuerdo a las conexiones subsidiarias que establece el art. 2652 del CC y C.

Con una redacción más explícita en orden a facilitar la tarea del intérprete de la voluntad de los contratantes, la Ley 5393 de Paraguay además de autorizar a las partes a elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, condiciona el fraccionamiento del derecho aplicable y la designación por los contratantes de varios derechos para las diversas partes del contrato, llamado *dépeçage* completo, a que las secciones del contrato sean claramente distinguibles (art. 4.2. a y b). Por su lado, el Código de Panamá de 2014 especifica que la legitimación del *dépeçage* depende de la naturaleza del negocio jurídico internacional y que la divisibilidad del derecho aplicable regule una determinada obligación o situación del negocio jurídico. Deniega el fraccionamiento del derecho regulador de la relación contractual si éste impide la ejecución del negocio objeto del contrato o es en fraude o perjuicio de una de las partes (art. 75). Mientras que la Convención de La Haya de 1986 sólo señala que la elección de la ley aplicable al contrato de compraventa podrá limitarse a una parte del contrato (art. 7).

V. MOMENTO DE LA ELECCIÓN DE LA LEY DEL CONTRATO. MODIFICACIÓN DE LA LEY ELEGIDA

El CC y C no fija tiempo alguno para que las partes puedan elegir el derecho aplicable al contrato, no obstante, si tenemos en cuenta lo dispuesto en el inc. a) del art. 2651 que autoriza a las partes a convenir la modificación de la ley del contrato “en cualquier momento”, consideramos que la elección primaria también podría efectuarse antes, durante o con posterioridad a la celebración del contrato, incluso en el transcurso del proceso judicial.

Si las partes deciden cambiar la ley que antes regulaba el contrato por otra, se presume que ésta se aplicará retroactivamente a la relación contractual pero con ciertos límites: “no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros” (art. 2651, inc. a). A pesar que el precepto argentino sigue de cerca el texto comunitario (art. 3.1) se aleja del modelo cuando

19. En el mismo sentido M.B. Noodt Taquela, “La jurisdicción internacional en la dimensión institucional mercosureña”, Cap. 4, del libro *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, (Coordinador D.P. Fernández Arroyo), Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 1000.

20. J.C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, tercera edición, Thomson- Civitas, Madrid, 2004, p. 460.

21. J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, ob. cit., p. 156.

22. E. Hernández Bretón, “La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina”, en *DeCITA*, 9, (2008), p. 175.

omite especificar que la aplicación retroactiva de la nueva ley no debe afectar la "validez formal" del contrato original. Esa misma limitación a la retroactividad del nuevo derecho aplicable al contrato –no afectará la validez formal del contrato– está contenida en el art. 8 del convenio interamericano sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994.

La disposición de la Ley 5393 de Paraguay evita cualquier elucubración al respecto, por cuanto establece que tanto la elección como la modificación del derecho del contrato puede realizarse en cualquier momento. Además, se cuida de aclarar que la designación o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, no debe afectar su "validez formal" ni los derechos de terceros (art. 4.3). Una solución destinada a resolver cualquier incertidumbre sobre los aspectos analizados– validez formal y derechos de los terceros– también la adopta el art. 2.3 de los Principios de La Haya.

Conviene tener presente que a tenor de lo dispuesto por el primer párrafo del art. 2651 del CC y C, al derecho elegido le corresponde regular la validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones del contrato. En tanto que la normativa que rige las formas y solemnidades de los actos jurídicos se determina conforme al art. 2649²³ y la decisión sobre la capacidad de los contratantes se ajustará a lo dispuesto por el art. 2616²⁴.

VI. EXCLUSIÓN DEL REENVÍO

El amplio margen otorgado a la autonomía de la voluntad, se aprecia también en la disposición del CC y C que excluye el reenvío al señalar como aplicable el derecho interno del ordenamiento jurídico elegido para regir el contrato, descartando sus normas de conflicto de leyes. Decimos amplio margen porque la exclusión del reenvío queda subordinada a que las partes no pacten en sentido contrario (art. 2651.b). Razones de seguridad jurídica y previsibi-

23. Art. 2649: "Formas y solemnidades. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado."

Cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada.

Si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica."

24. Art. 2616: "Capacidad. La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio."

El cambio de domicilio de la persona humana no afecta su capacidad, una vez que ha sido adquirida."

lidad del resultado avalan el rechazo del reenvío, dado que los contratantes están habilitados para elegir el derecho rector del contrato.

La Ley 5393 de Paraguay también condiciona la prohibición del reenvío a que las partes no dispongan expresamente lo contrario y establece que la elección del derecho no incluye sus normas de conflicto de leyes (art. 10). Criterio que se reitera en el art. 8 de los Principios de La Haya.

Sobre una base jurídica distinta, la Convención de La Haya de 1978 habla de la "ley interna elegida por las partes" (art. 5); postura que ha sido criticada por su imprecisión, "pues también el DIPr. es de producción interna, las más de las veces"²⁵. Mientras que La Convención de La Haya de 1986 puntualiza que "se entenderá por 'ley' el Derecho en vigor de un Estado, con exclusión de las normas relativas al conflicto de leyes" (art. 15). La Convención de México de 1994 rechaza el reenvío, precisa que el derecho es el vigente en un país sin incluir las normas relativas al conflicto de leyes (art.17). El Reglamento comunitario explica que salvo que disponga otra cosa, cuando establezca la aplicación de una ley estatal, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales vigentes en ese país y no sus normas de Derecho internacional privado (art. 20).

VII. ¿CUÁL ES EL ALCANCE DE LA EXPRESIÓN DERECHO?

El art. 2651 del CC y C utiliza de manera indistinta los términos derecho y ley. Para precisar el alcance de ambas expresiones, nos remitimos a lo manifestado por el delegado por Venezuela en la reunión de expertos en materia de contratación internacional, celebrada en Tucson, Arizona²⁶. El Profesor Parra Aranguren estimaba conveniente "de que no se limitara la elección de las partes a la selección de una ley de carácter estatal o nacional", por cuanto el término "ley" era demasiado limitado "debido a que significaba el reconocimiento de una sola de las fuentes posibles del derecho". Ello implicaría excluir otras manifestaciones normativas no estatales, tales como los usos y prácticas comerciales y los principios generales del derecho mercantil internacional (*lex mercatoria*). Por tal motivo, considero que "era un tema prioritario incluir una disposición que otorgara" a dichas manifestaciones jurídi-

25. A. L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *Introducción al Derecho Internacional privado*, Ed. Comares, Granada 2007, p. 386.

26. La Reunión fue convocada del 11 al 14 de noviembre de 1993, previamente a la realización en México, durante el mes de marzo de 1994, de la CIDIP V en la que se aprobó la Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales.

cas “un carácter supranacional y prioritario dentro de la jerarquía de las normas para las partes ya que era imposible que esta Convención, el legislador nacional y la jurisprudencia, avanzaran con la misma rapidez que lo hacen las prácticas y usos mercantiles”²⁷.

Así también lo resalta la doctrina mexicana al sentar la diferencia entre el texto interamericano y el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales - elaborado en el ámbito europeo y que le sirvió de antecedente- por cuanto éste exige que la ley declarada aplicable sea estatal²⁸, mientras que el primer instrumento internacional dispone que, cuando corresponda, el derecho regulador del contrato puede constituirse por reglas, usos, costumbres, principios del derecho comercial internacional y prácticas frecuentes en el comercio internacional, con independencia de los derechos estatales (art. 10)²⁹.

En el Reglamento Roma I, los contratantes pueden elegir la ley que les resulte más conveniente siempre que sea la ley de un Estado (art. 3.1). La mención en el contrato de la *lex mercatoria* no constituye una elección de ley, sólo puede ser considerada como una incorporación por referencia de un derecho no estatal, cuya validez estará condicionada a lo que disponga la ley del contrato. En ese sentido se pronuncia el considerando 13 del Reglamento: “El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional”³⁰.

El art. 5 de la Ley N°5393 de Paraguay rotundamente señala que la referencia “a derecho incluye normas de derecho de origen no estatal”, sin perjuicio de destacar que sean “generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”. Sigue la tesis de los Principios de La Haya que patrocina la facultad de las partes para elegir reglas no estatales y así lo reconoce bajo el título de Normas jurídicas: “La ley aplicable elegida por las partes puede comprender normas jurídicas generalmente aceptadas en los planos internacional, supranacional o regional como cuerpo neutro y equilibrado de normas, a menos que la ley del foro disponga otra cosa” (art. 3).

27. R. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales. Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, 1° Ed., Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, pp. 67/68.

28. A.L.Calvo Caravaca y otros, *Derecho internacional privado*. Vol. II, 2° Ed., Comares, Granada, 2000, pp. 291 y ss.

29. L. Perezniño Castro/J. A. Silva Silva, *Derecho internacional privado. Parte especial*. Ed. Oxford, México, 2000, p. 283.

30. A. P. Abarca Junco, *Derecho Internacional Privado- Derecho Civil internacional- LOL. II*, UNED, Madrid, 2010, P. 382; J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, ob. cit. p. 133.

De acuerdo a la Ley de Derecho internacional privado de la República Dominicana, “se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, y los usos y prácticas comerciales de aceptación general” (art. 61, párrafo II).

El Código de Derecho internacional privado de Panamá recoge de modo explícito los conjuntos normativos no estatales. Por un lado, autoriza a las partes a utilizar los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales como regla supletoria al derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro (art. 86). Por el otro, declara que “el conjunto de usos, costumbres y prácticas comerciales internacionales es fuente de derecho y es vinculante desde que se pacta o se desprende de la actividad natural del comercio” (art. 87).

Estos antecedentes nos llevaría a considerar que el término derecho es más amplio que la ley, ya que comprende en su regulación los usos internacionales, los principios de comercio internacional, la “*lex mercatoria*” y expresiones análogas³¹.

El CC y C hace depender de la voluntad de las partes la aplicabilidad de “los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional”, ya que deberán ser incorporados al contrato (art. 2651, inc. d). Es decir, que el derecho aplicable al contrato no comprende la normativa elaborada al margen de los sistemas estatales. Ahora bien, el legislador argentino adopta una posición distinta cuando las partes se abstienen de elegir el derecho aplicable al contrato, pues éste pasa a regirse por “las leyes y usos del país de cumplimiento” (art. 2652, primer párrafo).

También contradice normas convencionales vigentes en nuestro país referidas al contrato de compraventa internacional de mercaderías, ya que la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 dispone que el contrato se integra por determinados usos mercantiles, siempre que tengan carácter internacional, sean conocidos por las partes y efectivamente seguidos por ellas en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate, salvo que las partes acuerden su exclusión (art. 9.2).

Con acierto se considera que a efectos de cumplir el mandato de la norma que dispone la aplicación del derecho extranjero (art. 2595, inc. a)³², tanto

31. A. E. Villalta Vizcaya, “La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, disponible en: <http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no13/Derecho13-Art14.pdf> (consulta realizada el 9 de julio de 2015).

32. Art. 2595.- *Aplicación del derecho extranjero*. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino.

en el art. 2651 como en el art. 2652 "el juez debe tomar en cuenta todas las fuentes del derecho aplicable...sin prestar atención a esas derivas terminológicas"³³.

VIII. ACUERDO SOBRE ELECCIÓN DE DERECHO

El CC y C carece de un reconocimiento expreso del acuerdo de las partes sobre la elección del derecho, llamado *pactum de lege utenda*, que permita distinguirlo del contrato principal, en el que puede o no estar incluido. La validez de dicho pacto en cuanto a la capacidad, consentimiento, forma y fondo, debe ser resuelta como una cuestión independiente de la validez del contrato en el que se inscribe³⁴. El artículo 7º de los Principios de La Haya registra la independencia de la cláusula de elección de ley cuando dispone que "La elección de la ley aplicable no podrá impugnarse invocando como único motivo que el contrato al que se aplica no es válido".

Otros ordenamientos estatales regulan el pacto de elección de ley, así por ejemplo: la ley 5393 de Paraguay exime de forma alguna la elección del derecho, salvo que las partes dispongan expresamente lo contrario (art. 7); el Código de Derecho internacional privado de Panamá, con una fórmula similar a la Convención Interamericana de 1994, rige la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, por la norma que corresponda conforme al acuerdo (art. 76); el art. 116 de la Ley Federal Suiza sobre Derecho internacional privado regula la elección del derecho por el derecho elegido; la Ley alemana establece que la existencia y validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección del derecho aplicable se reglamentan por las disposiciones atinentes a la forma (art. 11), a la protección de la parte cocontratante (art. 12), al contrato celebrado por los consumidores (art. 29, párrafo 3) y al consentimiento y validez del fondo (art. 31).

A nivel convencional, el Convenio de La Haya de 22 de diciembre de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, sujeta a la ley elegida las cuestiones relativas a la existencia y la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto de la elección de la ley aplicable (art. 10); la Convención de México de 1994 somete al mismo

33. D. P. Fernández Arroyo, Sección 11, "Contratos", en el *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo VI, Directores: J.C. Rivera/ G. Medina, La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 947/950.

34. J.C. Fernández Rozas./S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, tercera edición, ob. cit., p. 458.

derecho determinado de acuerdo al capítulo segundo tanto la existencia y la validez del contrato como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable (art. 12); y en el Reglamento Roma I la existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable, se regirán por las disposiciones establecidas respecto al consentimiento y validez material (art. 10), a la validez formal (art. 11), y a la incapacidad de las personas físicas (art. 13).

En cuanto a la validez formal de la elección de la ley aplicable, el art. 5 de los Principios de La Haya exime a esta cláusula de condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes establezcan lo contrario.

IX. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD MATERIAL

El ejercicio de la autonomía conflictual implica la posibilidad del uso de la autonomía material, es decir, las partes además de poder elegir el derecho aplicable al contrato, pueden establecer pactos o cláusulas que regulen aspectos concretos de éste o excluir del derecho privado elegido las normas coactivas vigentes en él, mediante la incorporación al contrato de cláusulas contrarias a aquellas (CC y C, art. 2651, inc. c). El límite lo marcan los principios de orden público y las normas de policía del sistema de la *lex fori*.

Los contratantes pueden ejercer los dos tipos de autonomía de la voluntad de forma conjunta o separadamente, pero si sólo establecen pactos o cláusulas que regulen aspectos concretos del contrato, el derecho aplicable a éste será designado por las normas de DIPr. del país cuyos tribunales conocen del asunto. En este punto, conviene destacar las funciones que desempeña la ley aplicable al contrato: a) dotar de fuerza vinculante al acuerdo de voluntades y fijar las condiciones para la existencia del contrato mismo; b) marcar los límites dentro de los cuales opera la autonomía de los contratantes para acordar las cláusulas que estimen convenientes; y c) suministrar los criterios de interpretación y el régimen supletorio del contrato a falta de previsión por las partes³⁵.

X. INTERVENCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE ORDEN PÚBLICO Y NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS

En el sistema del CC y C, el contrato internacional se rige por el derecho elegido por las partes, pero ello no impide que los tribunales apliquen "a la

35. P. A. De Miguel Asensio, "Contratación comercial internacional", Cap. 4 del libro *Derecho de los negocios internacionales*, autores: J. C. Fernández Rozas/R. Arenas García/P. A. De Miguel Asensio, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 247.

relación jurídica los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino, cualquiera sea la ley que rija el contrato" (art. 2651, inc. e). Asimismo, el precepto contempla la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados con que el contrato presenta vínculos económicos preponderantes, aunque explica que las mencionadas normas "también se imponen al contrato, en principio", por lo que se podría interpretar que son de aplicación obligatoria salvo excepciones justificadas³⁶. Como el contrato presenta vínculos económicos con otros Estados, en la decisión de aplicar sus normas imperativas es fundamental identificar los intereses generales o públicos que subyacen en dichas normas, pues sólo cabe su aplicación cuando esa finalidad sea reconocida como legítima en el propio sistema jurídico del juez³⁷.

Para los contratos hechos en la República, constituyen otra barrera infranqueable las normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso que las partes hubiesen pretendido evadir (art. 2651, inc. f). Es la hipótesis del art. 1208 del Código Civil sustituido, que autoriza aplicar en jurisdicción argentina las normas de policía extranjeras del país con el cual el contrato tiene una conexión económica estrecha y que las partes hubiesen pretendido evadir mediante la autonomía conflictual o material³⁸.

En último lugar, se excluyen los contratos en los que existe un poder asimétrico de negociación entre las partes contratantes como son los contratos de consumo, que tienen una regulación específica tanto para determinar la jurisdicción como el derecho aplicable (arts. 2654 y 2655, respectivamente).

Efectuaremos un breve paso por la legislación comparada para esclarecer la forma en que han sido reguladas estas cuestiones. La Ley de Derecho internacional privado de la República Dominicana marca el ámbito de aplicación de las disposiciones imperativas, disponiendo que no obstante que las partes hayan elegido la ley aplicable al contrato, la observancia de esas disposiciones es esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, como su organización política, social o económica (art. 66).

La aplicación forzosa al contrato de las normas imperativas nacionales es también la solución adoptada por el legislador de Paraguay (art. 17. 1). En orden a reforzar la seguridad jurídica de los contratantes, la consideración de las normas imperativas de otros Estados, además de ser una facultad del juez,

36. D. P. Fernández Arroyo, Sección 11, "Contratos", ob. cit. p. 947.

37. J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, tercera edición, ob. cit., p. 470.

38. A. Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, T. II, ob. cit., p. 277.

su aplicación al contrato internacional está condicionada a que exista una vinculación estrecha de esos países con el caso y que se tome en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación (art. 17. 2). Finalmente, de forma excepcional, el juez podrá evitar la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes, en la medida en que el resultado de su aplicación produzca una vulneración manifiesta del orden público del foro (art. 17.3).

Según el Reglamento Roma I, "Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento" (art. 9.1). Seguidamente, asegura la obligatoriedad de las leyes de policía del foro (art. 9.2). Al final, manifiesta la posibilidad de dar efecto a las leyes de policía "del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal". La consideración de la naturaleza y objeto de estas disposiciones imperativas, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación, son los elementos a tener en cuenta por los tribunales para decidir si debe darse efecto a dichas disposiciones (art. 9.3). Además, se podrá excluir la aplicación de una disposición de la ley designada por el Reglamento como aplicable al contrato, sólo en la medida que dicha aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro (art. 21).

Bajo el régimen de la Convención de México de 1994 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, la aplicación necesaria de las disposiciones del derecho del foro dependerá de su carácter imperativo. Regla que ha sido criticada por la extrema vaguedad y falta de nitidez en su redacción, porque salvo la referencia a la imperatividad el artículo no proporciona otro indicio que contribuya a facilitarle la tarea del juez en su identificación³⁹. De la obligatoriedad se ha pasado a la discrecionalidad al referirse a las normas imperativas del derecho otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos (art. 11).

El artículo 11 de los Principios de La Haya, ha consagrado explícitamente las normas imperativas dominantes de la ley del foro, de otra ley aplicable, así como el orden público, cuyo tratamiento lo desglosa en cinco apartados. El primero, expresa que cualquiera sea la ley elegida por las partes, los presentes Principios no impiden que un tribunal judicial aplique las normas

39. R. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, ob. cit., p. 117.

imperativas dominantes de la ley del foro. El segundo, delega a la ley del foro la determinación de los casos en que un tribunal judicial pueda o deba aplicar o tomar en consideración las disposiciones imperativas dominantes de otra ley aplicable. El tercero, faculta al tribunal judicial a excluir la aplicación de una disposición de la ley elegida por las partes solamente cuando y en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de orden público del foro. El cuarto, dispone que la ley del foro determinará los casos en que un tribunal judicial podrá o deberá aplicar o tener en cuenta las normas de orden público del Estado cuya legislación se aplicaría de no haberse elegido la ley aplicable. El quinto, establece que los presentes Principios no deben impedir a un tribunal arbitral aplicar o tomar en cuenta las normas de orden público, ni aplicar o tomar en consideración las disposiciones imperativas dominantes de una ley distinta a la elegida por las partes, si tiene el deber o el derecho de hacerlo.

XI. REFLEXIÓN FINAL

La elección del derecho por los propios contratantes no sólo brinda mayor seguridad jurídica al hacer más previsible el derecho aplicable al contrato, sino que evita que su designación dependa de la actividad interpretativa del tribunal judicial o arbitral llamado a resolver el conflicto.

Resulta indiscutible las ventajas que supone la consolidación del principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado argentino, paraguayo y venezolano. Por cuanto, la subsistencia de diversidad normativa dentro de un espacio económico en proceso de integración dificulta el desarrollo de las transacciones internacionales.

El Mercosur no tiene una respuesta uniforme sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales ni tampoco existe entre los Estados Parte un régimen convencional común que recepte de forma clara la autonomía conflictual y material de las partes. En efecto, Argentina, Paraguay y Uruguay están ligados por el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, mientras que Brasil ratificó el Código de Derecho Internacional Privado de 1928 o Código Bustamante que lo une con Bolivia y Chile que suscribieron con el Mercosur sendos Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica (ACE N° 35 y N° 36, respectivamente). Sin perjuicio de aclarar que los miembros del bloque firmaron un nuevo Protocolo para la adhesión de Bolivia en calidad de socio pleno en el marco de la cumbre semestral que la unión aduanera celebra en Brasilia. El documento todavía deberá ser rati-

ficado por los órganos competentes de Paraguay, Bolivia y Brasil ⁴⁰.

Los Principios de La Haya no son una convención que deba ser ratificada por los Estados, pero pueden servir de guía interpretativa para los jueces o árbitros e incluso inspirar a legisladores nacionales y del Mercosur en reformas normativas, tal como ha sucedido con la Ley de Paraguay N° 5393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales de 2015. Con este modelo, se podrá lograr que las relaciones comerciales internacionales se desarrollen en un ámbito más seguro y previsible, a la vez que coadyuvará a la armonización legislativa en materia contractual, fortaleciendo el proceso de integración del Mercosur.

40. Con este llamado, el gobierno de Evo Morales puede gestionar su ingreso oficial al bloque en la próxima cumbre del foro regional, que se desarrollará el 6 y 7 de diciembre en la capital brasileña, cfr. *lanación.com.*, viernes 17 de julio de 2015.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, 156 págs.

Los procedimientos judiciales sustanciados en España durante los últimos años para perseguir algunos de los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo –especialmente ciertos delitos de desaparición forzada de personas, considerados en la actualidad como crímenes contra la humanidad–, así como el procesamiento por el Tribunal Supremo del que fuera juez titular del Juzgado de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, como consecuencia de su actuación jurisdiccional en estos casos, centraron la atención de la opinión pública española entre 2008 y 2012, ocupando miles de páginas en la prensa escrita, aunque, paradójicamente, muchas menos en las publicaciones científicas. Sin embargo, ni esos procesos fueron los únicos en los que se ha intentado juzgar los mencionados hechos, ni reflejan fielmente toda la actividad judicial desplegada al respecto ante y por los tribunales españoles.

Partiendo de esa realidad, la monografía del profesor Javier Chinchón Álvarez pretende y consigue reunir en un único relato el estudio del tratamiento judicial dispensado en España a los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo desde que se inició la transición a la democracia. El enorme número de procesos judiciales habidos requería sin duda de un estudio de esta naturaleza, que permite una visión global, a la vez que detallada, de una cuestión enormemente compleja y parcialmente desconocida hasta la fecha.

Para ello, la obra está estructurada en cuatro partes, la primera de las cuales, de carácter introductorio, se dedica a fijar el marco general de la investigación, aclarando algunas nociones básicas en la materia, como el concepto de justicia transicional y su relación con el Derecho internacional, caracterizada en gran medida por la problemática que suscita la aplicación de las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos en sistemas políticos no suficientemente consolidados que han de compaginar las siempre necesarias políticas de reconciliación con la exigencia de depurar las responsabilidades penales de los anteriores gobernantes en el caso de que sus abusos no solo constituyan delitos según el Derecho interno, sino también crímenes contra la humanidad conforme al Derecho internacional.

A continuación, la segunda parte del libro analiza las actuaciones de los tribunales españoles objeto de estudio fechadas entre 1976 y 2008, etapa en la que algunos juzgados de instrucción dictaron autos rechazando investigar

los hechos denunciados y decretando el archivo y sobreseimiento de las diligencias correspondientes, al considerar que los mismos no eran constitutivos de infracción penal, habían prescrito o no resultaba posible identificar a sus autores. Sin embargo, las decisiones más importantes de esta época son, sin duda, las adoptadas por la Audiencia Nacional a instancia de distintas asociaciones y particulares, que mediante el auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, de 16 de octubre de 2008, afirmó su competencia para investigar las desapariciones forzadas denunciadas, disposición revocada por la sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal, de 2 de diciembre de 2008, tras el correspondiente recurso de apelación de la Fiscalía.

La mencionada decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional supuso, en la práctica, que el epicentro de las actuaciones judiciales volviese a los juzgados territoriales –y, en un caso, se desplazase hasta el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 1 de la República de Argentina–. Precisamente, el tercer apartado de la monografía del profesor Chinchón Álvarez se centra en las decisiones de tales tribunales que, tal y como había venido ocurriendo hasta entonces, en la mayoría de los muchos casos que conocieron decretaron el archivo inmediato de los procedimientos, negando la naturaleza de crímenes de Derecho internacional de los hechos denunciados o sosteniendo que no fueron tipificados en nuestro ordenamiento interno como crímenes contra la humanidad hasta mucho después de ser perpetrados.

Sin embargo, las actuaciones judiciales relacionadas con estos hechos todavía vivieron ante el Tribunal Supremo sus últimos episodios, a los que se refiere la parte cuarta y última del libro. En efecto, el auto de 28 de marzo de 2012, que resolvió las cuestiones de competencia planteadas por dos juzgados de instrucción, directamente, y la sentencia el 27 de febrero de 2012, dictada con ocasión de la causa por prevaricación incoada contra el juez Garzón en enero de 2009 como consecuencia de sus actuaciones en el procedimiento ante la Audiencia Nacional, indirectamente, vinieron a cerrar la vía penal como recurso efectivo para investigar en España los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo.

En conclusión, gracias a esta obra podemos no sólo conocer qué procesos se han puesto en marcha y cuál ha sido la respuesta de los tribunales españoles (juzgados territoriales, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) ante las denuncias planteadas, sino también comprender el porqué de tales decisiones. Además, es de agradecer que el autor, yendo más allá de lo que promete el título de este trabajo, no limite su estudio exclusivamente a las actuaciones ante y de los tribunales españoles, sino que incluya también algunos aparta-

dos relativos al enfoque adoptado al respecto por las jurisdicciones de otros Estados, como Argentina, así como por instancias internacionales, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo e, incluso, la Corte Penal Internacional de La Haya.

Por otra parte, cabe reseñar, sobre todo en las partes finales del libro, el interesante análisis de las decisiones de los tribunales españoles desde la perspectiva del Derecho internacional. Este enfoque nos parece imprescindible y una de las principales aportaciones del trabajo, pues han sido muchas las cuestiones jurídicas internacionales que se han suscitado ante los tribunales de justicia con motivo de la investigación de estos crímenes, de modo que resulta de gran interés conocer la posición que estos han adoptado en los distintos autos y sentencias que se recogen y se comentan en este libro. Entre tales cuestiones cabe destacar la regulación internacional de la reparación debida a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, las obligaciones de los Estados frente a los hechos internacionalmente ilícitos continuados, las relaciones entre las normas consuetudinarias y los tratados internacionales, el sentido y contenido para el ordenamiento internacional del principio legalidad penal, la licitud internacional de medidas internas como la Ley de Amnistía de 1977 y de su aplicación a determinados crímenes que el Estado tiene el deber de perseguir y sancionar, la eficacia jurídica de textos internacionales como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los documentos de la Comisión de Derecho Internacional o las decisiones de órganos como el Comité de Derechos Humanos, etcétera.

Como consecuencia de todo ello, el libro del profesor Chinchón constituye una obra muy recomendable, de interés y utilidad no solo para profesores y juristas especializados –principalmente internacionalistas, pero también procesalistas y penalistas, entre otros–, sino, en general, para cualquier lector interesado en conocer mejor estos acontecimientos de la reciente historia española, debido a que ofrece una exhaustiva y actualizada información, junto con un riguroso análisis crítico y la valoración personal del autor.

Rubén CARNERERO CASTILLA
Miembro del IHLADI

CORDERO ÁLVAREZ, C. I. *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2015, 400 págs.

En la monografía que se reseña, la profesora C.I. Cordero Álvarez aborda la compleja problemática que plantean en DIPR los litigios sobre difamación y otros derechos de la personalidad. Destaca de la obra, en primer lugar, la acertada elección de su objeto. Una de las grandes preocupaciones del momento actual es cómo dar respuesta al incremento de las lesiones a los derechos de la personalidad que Internet trae consigo. La transmisión y publicación de datos por particulares y medios de comunicación a través de la red ha multiplicado las intromisiones en la vida privada y reputación de las personas. Los daños producidos, amén de ser cada vez más difíciles de evitar, se caracterizan por su intrínseca internacionalidad y esto, como pone de relieve la autora, se ha traducido en importantes desafíos para el Derecho internacional privado. La obra comentada tiene el valor de resolver éstos, con el mérito adicional de hacerlo desde una perspectiva integral. En este sentido, se ofrece una visión de conjunto de las cuestiones planteadas, que incluye los clásicos tres sectores del Derecho internacional privado: Competencia judicial internacional, Ley aplicable y Reconocimiento y ejecución de decisiones. A partir de este enfoque, el esquema seguido es claro y completo: tras un primer capítulo introductorio relativo a los “Presupuestos materiales”, se dedican tres capítulos a la perspectiva procesal (aspectos de Competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones), terminando la obra con dos capítulos que versan íntegramente sobre la perspectiva material y la determinación de la ley aplicable.

La monografía aborda en primer lugar los problemas de índole procesal, a los que se dedican los Capítulos II, III y IV. El estudio de la competencia judicial internacional (Capítulos II y III) arranca de la consideración de que en esta materia, a diferencia de lo que sucede en otros casos, no se contempla un foro especial para el sector considerado. Las reglas aplicables son, por tanto, el foro general del domicilio del demandado y el foro especial para las obligaciones extracontractuales en general. El foro general plantea problemas que la autora resuelve con destreza en los casos en que no se logra identificar al causante del daño o aquéllos otros en que éste hace uso de un domicilio fraudulento, beneficiándose de las posibilidades que ofrece Internet en ese sentido. En las soluciones la profesora Cordero Álvarez muestra su dominio de los mecanismos normativos establecidos en el contexto de la regulación de la sociedad de la información y articula cauces para la toma en consideración del lugar del domicilio real.

La monografía dedica – no podía ser de otra manera – un Capítulo (el III) a la determinación de la competencia judicial a través del lugar del daño. En el mismo, se realiza un exhaustivo análisis de la abundante jurisprudencia del TJUE a propósito del art. 5.3 RBI y su sucesor, el art. 7.2 RBI bis, que pone de relieve ciertos efectos negativos de la interpretación que el Alto Tribunal realiza de los mismos. Las mayores críticas provienen de la admisión, tanto por parte de la Sentencia *Shevill* como de *eDate*, del foro de cada uno de los lugares del daño. La multiplicación de foros resultante puede tener como consecuencia que el operador se vea sometido a legislaciones nacionales diferentes ante cada uno de los tribunales competentes; sin embargo, es difícilmente justificable exigir al demandado que adecue su conducta con carácter ex ante a estas legislaciones. Por ello, se estudian posibles alternativas a la regulación actual analizándose las diferentes posibilidades, tanto a partir de la previsión de un foro de competencia específico como de la posible revisión de la jurisprudencia *eDate* eliminando sus puntos más conflictivos.

La perspectiva procesal se completa con el Capítulo IV, dedicado a las medidas cautelares y a la eficacia de las resoluciones extranjeras. Ambos aspectos resultan de gran utilidad. Por un lado, en el ámbito sobre el que versa la monografía, la adopción de medidas cautelares resulta muchas veces la única manera de evitar daños que de otra manera podrían ser irreparables. Por otra parte, al estudiar el reconocimiento y ejecución de decisiones se tiene muy en cuenta la consideración que tienen este tipo de derechos como fundamentales en muchos ordenamientos, siendo la tensión entre el derecho a la información y el derecho a la privacidad la guía en la interpretación de la noción de orden público. Por último, resulta igualmente de gran interés y actualidad el estudio de los problemas que plantea el reconocimiento de las sentencias que incluyen *punitive damages*, propias del sistema norteamericano.

Los dos últimos capítulos de la obra, el V y el VI, se dedican a los aspectos de Derecho aplicable. En este sector, la mayor dificultad a la hora de estudiar la materia radica en la exclusión de los derechos de la personalidad del ámbito de aplicación del Reglamento 864/2007 (“Roma II”), que tiene como consecuencia que sea necesario acudir a las normativas nacionales para determinar la ley aplicable en el sector. Si tenemos en consideración la ya estudiada regulación uniforme existente en el ámbito de la competencia judicial internacional, podremos ver que en este caso, la interrelación entre el *fórum* y el *ius* conduce a una situación muy poco satisfactoria. Por un lado, se permite interponer la demanda ante tribunales de diferentes Estados, pero éstos, sin embargo, aplicarán diferentes derechos nacionales para solucionar la

situación. Esto, unido a la consideración de los derechos contemplados como fundamentales, introduce un factor de distorsión en la regla del reconocimiento mutuo de decisiones entre Estados miembros de la UE, como bien señala el profesor P. A. De Miguel Asensio en el Prólogo de la obra.

En España, además, la determinación de la ley aplicable en este tipo de supuestos se complica, debido a la insuficiencia del 10.9 C.c.: la norma de base del sistema recoge como única solución la aplicación la ley del lugar del hecho dañoso justamente en supuestos en que la esencia es la deslocalización o plurilocalización de éste. El precepto señalado es objeto de un estudio muy completo en el Capítulo V, que repasa las diferentes posibilidades existentes a la hora de su interpretación. Las mismas van desde el derecho de opción de la víctima entre el hecho causal y el daño, pasando por la opción exclusiva por uno de los anteriores lugares, hasta la identificación de la norma con el lugar donde se encuentra el medio social de la víctima, o la aplicación de la *Proper law of the Tort*. La autora finalmente se decanta por el derecho de opción de la víctima, inspirándose en un principio de *favor laesi* que en este caso se funda en el reconocimiento por la Constitución española del carácter esencial de los derechos de la personalidad. Al tiempo, el mismo carácter fundamental de tales derechos condiciona la incidencia del orden público en la materia y justifica que algunas normas europeas, como las de protección de los datos personales, funcionen como normas materiales imperativas.

Tras analizar la situación en el contexto europeo y el nacional, la autora concluye que la fragmentación resultante debe corregirse estableciendo una solución uniforme en la materia. Solamente de esta manera se podrá evitar que el resultado final del litigio dependa simplemente de cuál sea el tribunal estatal ante el que se ha interpuesto la demanda. A partir de esta idea, se dedica el Capítulo VI de la obra al análisis de las perspectivas de futuro, que constituyen seguramente lo más interesante del estudio de la ley aplicable. La investigación es completa, ya que se estudian las diferentes opciones de regulación existentes, tanto desde la perspectiva de la unificación material como conflictual de las normas. Sin embargo, como reconoce la profesora Cordero Álvarez, la armonización de las normas sustantivas en este sector es una tarea complicada y no es previsible que se alcancen resultados en ese sentido a corto o medio plazo. Por ello, la autora dedica todos los esfuerzos a la propuesta de una norma de conflicto uniforme. El reto no es fácil, ya que se trata de encontrar una regla que alcance un equilibrio entre los intereses en juego, dotada al tiempo de la necesaria previsibilidad y seguridad jurídica y que conduzca a la aplicación de la ley más estrechamente vinculada con el supuesto, sin plantear problemas graves de concreción. La monografía reali-

za un trabajo exhaustivo en este sentido y estudia todas las propuestas existentes, con especial atención a las iniciativas legislativas presentadas en la Eurocámara en noviembre de 2011 y en mayo de 2012. Vistas las diferentes opciones, se descartan soluciones como la aplicación de la *lex fori*, la aplicación cumulativa de la *lex fori* y la *lex delicti* o la *proper Law of the Tort*, que plantea los consabidos problemas de inseguridad jurídica. Se destacan igualmente los problemas planteados por la ley de origen del daño, por la falta de previsibilidad para las víctimas, que no tienen posibilidad alguna de predecir la actuación del responsable ni de evitar ésta. Finalmente, se concluye que una solución adecuada podría ser partir del principio de autonomía conflictual de las partes, estableciendo una solución subsidiaria para esa mayoría de casos en que las partes no hicieran uso de la libertad concedida. Dicha solución de cierre podría ser la aplicación de la ley de la residencia habitual de la víctima, que evita las dificultades de concreción del lugar del daño en el caso de daños múltiples plurilocalizados, además de ser previsible para las partes y respetar adecuadamente el carácter de derechos fundamentales de los implicados. Las críticas vertidas a esta posibilidad por los medios de comunicación en ciertos supuestos, puntuales, de falta de proximidad, podrían solucionarse fácilmente a través de una cláusula de escape.

El resultado final del trabajo es un estudio completo de los problemas de Derecho internacional privado que plantean los derechos de la personalidad, incluyendo cuestiones de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones. Simplemente esta visión de conjunto de la materia merece una valoración positiva, ya que aunque el tema lleva tiempo suscitando el interés de la doctrina, hasta ahora las aportaciones habían sido parciales y se habían centrado sólo en los aspectos de competencia judicial internacional o de ley aplicable. La obra en ese sentido tiene el gran mérito de encauzar adecuadamente las soluciones teniendo en consideración la interrelación existente entre el *fórum* y el *ius*. Ello, unido al rigor científico del estudio y a la calidad de las propuestas realizadas de cara a la futura regulación de la cuestión ha dado lugar a una obra de extraordinario interés científico, que actualiza y condensa los resultados de la tesis doctoral origen de la investigación, ya en su día merecedora del Premio Extraordinario de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. A lo anterior, debe sumársele el extraordinario mérito que tiene que el trabajo esté ya actualizado con las reformas introducidas por la nueva LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. El resultado es una obra imprescindible en el ámbito de los derechos de la personalidad, recomendable para cualquiera que tenga interés

en conocer las aportaciones doctrinales más punteras del Derecho internacional privado.

Ana CRESPO HERNÁNDEZ
Profesora Titular
Derecho Internacional Privado
URJC-Madrid

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (dir.), *Nuevos desarrollos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los derechos de las víctimas*, Aranzadi, Pamplona, 2014, 287 págs.

Esta nueva obra colectiva sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos dirigida por el Profesor Fernández de Casadevante tiene como objeto la exposición y análisis del ordenamiento jurídico internacional en materia de derechos de las víctimas de delitos en general y de crímenes específicos, como el terrorismo, la trata de personas, la desaparición forzada, el abuso de poder, los crímenes de guerra y las violaciones manifiestas de las normas internacionales sobre los derechos humanos, todo ello desde una perspectiva multidisciplinar, con estudios de penalistas e internacionalistas.

En el Capítulo Primero Marina Sáenz-Díez de Ulzurrun, penalista, estudia las normas que determinan internacionalmente el estatuto jurídico básico de las víctimas de delitos, con independencia de sus circunstancias especiales, tanto en el ámbito universal (declaración contenida en la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de las Naciones Unidas) como en el sistema regional europeo, y tanto en el Consejo de Europa como en la Unión Europea. En su trabajo se incluyen cuestiones tan relevantes como el acceso a la justicia, la reparación del daño, el trato justo y digno, y la asistencia y protección de las víctimas.

En el Capítulo Segundo la Profesora Ana Gemma López Martín realiza un estudio pormenorizado sobre las violaciones manifiestas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, partiendo del análisis de las *Directrices básicas sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2005. Para ello trata cuestiones como su reconocimiento y desarrollo en la práctica internacional, pese a su carácter recomendatorio, y la nece-

sidad de precisar el concepto de violaciones manifiestas, realizando un estudio sistemático de la práctica de los órganos de control de los sistemas regionales en los que apunta problemas tan importantes como las cuestiones relacionada con las víctimas indirectas y las colectivas, la obligación estatal de prevención, el derecho a interponer recursos, el derecho a la verdad, la obligación de procesar y sancionar y las modalidades de reparación.

El Profesor Rubén Carnero Castilla dedica su colaboración en esta obra colectiva a las víctimas de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional Penal, con un estudio a este respecto de los Convenios y Protocolos de Ginebra, y del Estatuto, las Reglas y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, con una especial atención al derecho a participar en el procedimiento, a la protección y anonimato de las víctimas y a la obtención de una reparación por el daño sufrido. En el siguiente capítulo la Profesora Julia Ruiloba realiza un análisis de las desapariciones forzadas en el sistema regional americano y en el de las Naciones Unidas.

En el Capítulo Quinto el Profesor Carlos Fernández de Casadevante estudia la problemática relativa a las víctimas del terrorismo, y para ello conceptúa el terrorismo como una violación grave de los derechos humanos de la que son responsables los Estados (Derecho Internacional de los Derechos Humanos) y los actores no estatales (Derecho Internacional Penal). Alerta de la falta de desarrollo normativo internacional específico de estas víctimas, que se reduce al documento *Líneas directrices sobre la protección de las víctimas de actos terroristas* del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 2005, al Primer Informe del Relator Especial B. Emmerson de 2012, y a algunas referencias en el ámbito de la Unión Europea.

La penalista Virginia Mayordomo Rodrigo desarrolla, a continuación, la protección de los colectivos vulnerables en la normativa internacional y española, esto es, la Resolución 60/147 de la Asamblea General de la ONU de 16 de diciembre de 2005, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1966, y las Directivas 2011/36/UE y 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las normas aprobadas desde 1995 en el Derecho interno español, en relación con los menores, ancianos, personas dependientes, mujeres y extranjeros, en situación irregular y refugiados.

Por último, la profesora López Martín incluye un trabajo sobre las víctimas de los abusos de poder, regulada en la Declaración adoptada por la Resolución 40/34 de la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985, que aporta un concepto de abuso de poder y de sus víctimas, incardinado de lleno en el ámbito internacional, por cuanto el comportamiento de las

autoridades es lícito en el ámbito interno nacional pero ilícito conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Entre las cuestiones analizadas destacan, también, los abusos por el poder económico, las categorías de víctimas y en especial los familiares, y la lucha contra la impunidad.

Se trata de una obra colectiva ambiciosa y enriquecedora, tanto por la exposición de las normas internacionales sobre las víctimas de las violaciones de derechos humanos como por el planteamiento de los diferentes problemas que se suscitan en su aplicación y, en consecuencia, en la efectiva atención y reparación de aquéllas y de su entorno familiar. Es precisamente en este punto donde resulta más atractiva esta obra, ya que su estudio es no sólo sistemático sino también crítico, destacando aquellos aspectos más insuficientes de estas normas.

José Antonio PEREA UNCETA
Profesor Contratado Doctor
Derecho Internacional Público
 UCM

LÓPEZ MARTÍN, A. G. Y PEREA UNCETA, J. A. (Dir.), *El cine y el Derecho internacional: Materiales de prácticas para la docencia*, Universidad El Bosque, Bogotá, 2014, 175 págs.
http://eprints.ucm.es/29994/1/El_cine_y_el_derecho_internacional.pdf.

Mediante la presente obra los autores abordan una cuestión de significativa actualidad como es la metodología en la enseñanza en una carrera como es el Derecho y la necesidad de su adaptación al contexto actual. Los fenómenos sociológicos, políticos y económicos de esta época exigen una modificación en el método que hasta el momento imperaba en una disciplina como ésta, las llamadas clases magistrales, en las que el proceso de enseñanza dependía exclusivamente del profesor como mero emisor de conocimientos teóricos. Lo que es obvio en la actualidad para todas las ramas del conocimiento resulta aún más evidente en relación con el Derecho por las particularidades propias de esta ciencia social. Se trata de reconfigurar el proceso de comunicación de los conocimientos trasladando el peso al discente y no exclusivamente al docente como tradicionalmente se venía produciendo. De

esta forma se pasa de un mero proceso de enseñanza a un proceso de aprendizaje en el que resulta esencial captar y mantener la atención e interés del alumno. Para lograr tal objetivo se recurre al séptimo arte como herramienta educativa en un área siempre presente en la vida social, mostrando exitosamente una aproximación de las relaciones existentes entre Derecho y cine, en particular del Derecho internacional público. De esta manera se pretende que los alumnos aprendan a aplicar un método jurídico a los problemas a los que se enfrentan y a analizar críticamente esas respuestas y, en su caso, formular alternativas.

La elección del cine como hilo conductor en la obra resulta del todo acertado puesto que el Cine refleja diversas facetas de la vida y aspectos que tienen que ver con disciplinas científicas y humanísticas, entre las cuales ocupa un lugar destacado el Derecho.

La particularidad y mérito de esta obra no radica en sí en la elección del cine como instrumento de enseñanza, puesto que ya hace tiempo se originó en EEUU el movimiento *Cine y Derecho* que se extendió posteriormente al continente europeo y en particular en España con mayor incidencia desde hace una década (entre otras obras puede referirse, Rivaya, B. y De Cima, P. (2004), "Derecho y cine en 100 películas. Una guía básica". Valencia: Tirant lo Blanch y Presno Linera, M.Á. y Rivaya, B. (2010), "Una introducción cinematográfica al Derecho", Valencia: Tirant lo Blanch), sino en la más que acertada elección de las concretas obras cinematográficas y su conexión con la disciplina del Derecho internacional público. Localizando de esta forma los problemas más significativos de la disciplina en la actualidad mediante la formulación de concretas preguntas para el alumnado de cada una de las obras escogidas.

El objeto de la obra es ambicioso, pues aborda los temas más relevantes de las distintas asignaturas vinculadas al Derecho internacional público, tocando temas como: los sujetos del Derecho Internacional (la subjetividad internacional, la soberanía estatal, los elementos del Estado, el reconocimiento de Estados, las características de las organizaciones internacionales); las normas internacionales (los tratados internacionales, los actos unilaterales, las resoluciones internacionales); la aplicación y cumplimiento de las normas internacionales (interpretación, responsabilidad internacional de los Estados, protección diplomática, sanciones, medidas de autotutela); las relaciones diplomáticas (establecimiento, funciones y terminación de las misiones diplomáticas, inmunidades y privilegios); las competencias territoriales del Estado (adquisición de la soberanía territorial, competencias sobre los espacios marítimos y sobre el espacio aéreo); y solución pacífica de las controver-

sias internacionales (medios no jurisdiccionales de solución de controversias). También otros como: la Organización de las Naciones Unidas y sus organismos; la regulación del uso de la fuerza armada y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (principio de prohibición del uso de la fuerza y excepciones, sistema de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, operaciones de mantenimiento de la paz); la protección internacional de los derechos humanos; el Derecho Internacional Penal (crímenes internacionales, tribunales penales internacionales, Corte Penal Internacional, Derecho Internacional Humanitario) y la libre determinación de los pueblos (derecho de libre determinación, pueblos indígenas).

El libro se estructura en cinco capítulos, que giran en torno a los grandes temas del Derecho internacional, que a su vez se dividen en unidades –veintiuna en total– que corresponden cada una de ellas a una obra cinematográfica concreta y a un documental.

En el Capítulo Primero versa sobre los sujetos del Derecho Internacional e incluye cuatro unidades: “Éxodo”, “1492, la conquista del paraíso”, “Amistad” y “Capitán Phillips”. La UD-1 aborda la película “Éxodo” (Otto Preminger, Estados Unidos, 1960), de cuyo relato sobre las peripecias de los diversos protagonistas se obtiene una imagen de la construcción del Estado de Israel, exclusivamente desde la perspectiva hebrea, pero muy útil para analizar el derecho de libre determinación de los pueblos en el marco complejo de los mandatos incumplidos de la Sociedad de Naciones en los primeros años de las Naciones Unidas respecto de los territorios coloniales en la década de los sesenta. También se suscitan otras cuestiones, como la determinación de los elementos del Estado para constatar su creación y el valor de su reconocimiento por otros sujetos internacionales, cuestiones que siempre han sido y son problemáticas tanto respecto de Israel como de Palestina por razones políticas y jurídicas. Otras cuestiones abordadas son la legalidad del uso de la fuerza para conseguir la efectividad del derecho de libre determinación; o, en un contexto más formal, el valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales o de las declaraciones de los Estados. En la UD-2 se analiza la película “1492, la conquista del paraíso” (Ridley Scott, Reino Unido-España-Francia, 1992), que relata la extraordinaria aventura del descubrimiento de América por Cristóbal Colón y los primeros años de la colonización castellana. El estudio de esta película permite abordar, como cuestión principal, el tema de la adquisición del territorio (conceptos como “descubrimiento”, “efectividad” o *terra nullius*), aunque –y puesto que existen unos pueblos indígenas– en enfrentamiento con otros (como “conquista” o “libre determinación de los pueblos”). También nos anticipa otras cuestiones,

como la importancia de las divisiones internas administrativas de la época colonial española en la determinación de las fronteras entre los Estados surgidos de la descolonización en el siglo XIX (principio del *uti possidetis iuris*). La película “Amistad” (Steven Spielberg, Estados Unidos, 1997) narra la historia, basada en hechos reales acontecidos entre 1839 y 1841, de los africanos capturados por esclavistas españoles que a bordo de ese barco se rebelaron, mataron a dos tripulantes y, creyendo que regresaban a las costas de África, terminaron siendo abordados por un bergantín norteamericano cerca de Nueva York. La película se centra en la disputa judicial planteada en torno a la captura del barco, la liberación de los esclavos y su imputación por asesinato y piratería. En este sentido puede considerarse una película de “cine judicial”. En esta apasionante controversia judicial se tratan temas de interés para el estudio del Derecho Internacional como la jurisdicción de los buques en el alta mar, las competencias del Estado ribereño en su mar territorial, el concepto de piratería o de presa marítima y la persecución de la trata de esclavos, propios del Derecho del Mar, pero también otros como las funciones consulares o la terminación de los tratados. Por último, “Capitán Phillips” (Paul Greengrass, Estados Unidos, 2013) nos traslada a un escenario actual: la piratería en aguas del Cuerno de África. El suceso que se relata –basado en hechos reales– es la captura del buque norteamericano “Maersk Alabama” por piratas somalíes en 2009 y su posterior liberación por la flotilla liderada por el destructor “USS Bainbridge”. Además de tratar el tema de la piratería y de los derechos soberanos y de jurisdicción de los Estados en los diferentes espacios marítimos, la historia narrada permite analizar las operaciones internacionales Atalanta (Unión Europea) y Ocean Shield (OTAN) y la incardinación, efectuada desde 2008 por el Consejo de Seguridad de la ONU, de la represión de la piratería en el ámbito de la paz y la seguridad internacionales. En este sentido, es especialmente interesante el estudio de la Resolución 1816/2008 del Consejo de Seguridad puesto que, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, adopta decisiones respecto de la piratería en las costas somalíes.

En el Capítulo Segundo, sobre la regulación internacional del uso de la fuerza, las películas analizadas son “La batalla del Río de la Plata”, “Trece días”, “Camino a Guantánamo” y “La noche más oscura”. La UD-5 se dedica a la película “La batalla del Río de la Plata” (Michael Powell y Emeric Pressburger, Reino Unido, 1956), que versa sobre las peripecias del acorazado “Admiral Graf Spee” en los primeros meses de la Segunda Guerra Mundial, primero con sus acciones camufladas contra buques mercantes en el Atlántico Sur; posteriormente, en su combate naval contra una flotilla aliada

frente al estuario del Río de la Plata; a continuación, refugiado en el puerto neutral de Montevideo, hasta su expulsión de las aguas uruguayas; y por último, con el hundimiento del buque por su tripulación antes de entrar en aguas argentinas para evitar su inminente captura por los aliados. Además de cuestiones propias de la jurisdicción estatal sobre el mar territorial o los puertos, o del concepto de piratería, la principal controversia que se plantea es el debate entre alemanes, uruguayos y británicos en torno a la correcta aplicación del Convenio de La Haya de 1909 relativo a los derechos y deberes de las potencias neutrales en la guerra marítima. En la siguiente película, "Trece días" (Roger Donaldson, Estados Unidos, 2000), también se tratan temas propios del Derecho del Mar, como la libertad de navegación en el alta mar, pero sin duda lo más atractivo es el conjunto de problemas sobre el uso de la fuerza (principio de no intervención, legítima defensa...) que se plantean en la situación real, acontecida en octubre de 1962 durante la conocida como crisis de los misiles cubanos. Las conversaciones entre el Presidente J.F. Kennedy, su hermano Robert y su asistente especial Kenny O'Donnell, y entre éstos y el Secretario de Defensa Robert McNamara, el Embajador ante la ONU Adlai Stevenson y otros altos cargos políticos y militares de los Estados Unidos, ponen de manifiesto las diferentes alternativas a la amenaza cubano-soviética, unas acordes con el Derecho Internacional (la vía diplomática) y otras frontalmente contrarias (invasión, sanciones, bloqueo...). En el fondo, dos polémicas también actuales: si se puede obligar a los Estados (como Irán o Corea del Norte) a no acceder a tecnología militar o armamento nuclear, y si es lícito el almacenamiento o despliegue de armas nucleares. "Camino a Guantánamo" (Michael Winterbottom, Reino Unido, 2006) nos introduce en el controvertido asunto de la "lucha contra el terrorismo" en los términos en los que es entendida y aplicada por los Estados Unidos y algunos de sus aliados. La película relata el viaje de cuatro jóvenes británicos que aprovechan la boda de uno de ellos en su país de origen, Pakistán, para ir desde allí a Afganistán, donde son capturados por la Alianza del Norte, que los entrega a las fuerzas de los Estados Unidos desplegadas en este país en el marco de la "Operación Libertad Duradera". A partir de ese momento viven un infierno en Kandahar y en Guantánamo, acusados de formar parte de Al-Qaeda. El concepto de terrorismo, su consideración dentro de las acciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, la alegación de legítima defensa para la intervención norteamericana e internacional contra el régimen talibán de Afganistán y el trato dado a los detenidos como terroristas y su compatibilidad con el Derecho internacional son los temas más importantes estudiados en esta uni-

dad. Sobre la misma materia versa la UD-8, con la película "La noche más oscura" (Kathryn Bigelow, Estados Unidos, 2012), que narra la persecución por parte de agentes norteamericanos desde 2001 hasta 2011 del líder de Al-Qaeda, Osama Bin Laden, terminando con su muerte en el asalto a su residencia secreta en Pakistán. Además de otras cuestiones secundarias, como las funciones de la misión diplomática o el estatuto de los agentes diplomáticos, la lectura temática de esta película se centra en los medios utilizados en la lucha contra el terrorismo, tanto en la pretensión de fundamentar determinados usos de la fuerza contrarios al principio de no intervención en una supuesta legítima defensa, como en el incumplimiento manifiesto de las obligaciones respecto de los prisioneros de guerra y de los detenidos en general, en el marco tanto del Derecho Internacional Humanitario como de los Derechos Humanos.

En el Capítulo Tercero se incluyen cuatro películas que tienen como principales dos temas: las organizaciones internacionales y las relaciones diplomáticas. Se trata de "Black Hawk derribado", "Hotel Rwanda", el documental "Inside Job" y "Argo". En la UD-9 se analiza la película "Black Hawk derribado" (Ridley Scott, Estados Unidos, 2001), una obra que nos sitúa en el mismo corazón del Mogadiscio en poder de los "señores de la guerra" en octubre de 2003, cuando un helicóptero norteamericano que está buscando a los colaboradores de Mohamed Farah Aidid es derribado por sus milicianos. La cuestión de mayor interés para los estudiantes del Derecho Internacional es sin duda la fundamentación, el mandato y la idoneidad de las diferentes actuaciones internacionales en la guerra civil somalí: la operación de "casco azul" ONUSOM I, la fuerza autorizada a la coalición multinacional UNITAF ("Operación Restablecer la Esperanza") y la cohabitación de la segunda fuerza de "casco azul" ONUSOM II con las fuerzas especiales norteamericanas aún desplegadas en la capital de Somalia. Basada en un hecho real, y más allá del seguimiento de los combates y sufrimientos de los soldados norteamericanos, permite al estudiante/espectador cuestionar, críticamente, el cumplimiento por parte del Consejo de Seguridad de la ONU de su principal función, esto es, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. La película "Hotel Rwanda" (Terry George, Reino Unido, 2004) da muestra de la ineficacia de la comunidad internacional organizada ante unos hechos realmente estremecedores. La trama se basa en los intentos del director del hotel "Des Mille Collines" por salvar, primero a los trabajadores y clientes del establecimiento, y después al número mayor posible de sus compatriotas de la masacre perpetrada inicialmente por los hutus contra los tutsis en la Ruanda de 1994. Aunque se tratan en el análisis de esta película cuestiones

como los requisitos de los tratados internacionales, la diferencia entre organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales o el estatuto del CICR, los temas más destacables son las formas de ejercer la función de mantenimiento de la paz por las Naciones Unidas: "cascos azules" de UNAMIR (incidiendo en sus características tradicionales y por tanto en su imparcialidad y ausencia de uso de la fuerza), creación de tribunales penales internacionales y fuerza autorizada de la "Operación Turquesa". El documental "Inside Job" (Charles Ferguson, Estados Unidos, 2010) es el objeto de la UD-11 y se centra en la regulación internacional de las operaciones financieras y en las causas y los factores principales de la crisis iniciada en 2008 en Islandia y EEUU. La identificación de las organizaciones internacionales, sus competencias, el valor de sus resoluciones, el papel de las Naciones Unidas y los derechos humanos económicos y sociales son algunos de los temas estudiados, suscitados por las declaraciones de dirigentes políticos, analistas, agentes financieros y representantes de las organizaciones internacionales. Por último en este capítulo, se analiza en la UD-12 la película "Argo" (Ben Affleck, Estados Unidos, 2012), que relata en primera instancia el asalto de la Embajada en Teherán de los Estados Unidos por los estudiantes islámicos dirigidos por el Ayatollah Jomeini en noviembre de 1979, y posteriormente la operación desplegada por la CIA para rescatar a un grupo de norteamericanos refugiados en la residencia del embajador canadiense. Esta práctica permite abordar todos los temas relacionados con las misiones diplomáticas (funciones y sus límites, terminación, inviolabilidad activa y pasiva, inmunidades de los agentes diplomáticos, etc.) y también cuestiones relativas a la responsabilidad internacional, como la determinación del hecho ilícito, las causas de exclusión de la ilicitud, la atribución de la responsabilidad al Estado por el comportamiento de particulares, etc.

El Capítulo Cuarto se centra en la protección internacional de los derechos humanos y para ello se analizan cuatro películas: "Desaparecido", "La historia oficial", "Diamantes de sangre" y "Rendition". "Desaparecido" (Costa-Gavras, Estados Unidos, 1982) es una película estremecedora sobre la represión en Chile durante la dictadura del General Augusto Pinochet (1973-1990), que nos permite estudiar, al hilo de la detención, tortura y ejecución de un joven periodista norteamericano, Charles Horman, y su búsqueda por sus padres, los crímenes internacionales por incumplimiento de las normas que protegen los derechos humanos fundamentales. Esta película también permite analizar el principio de no intervención, las funciones consulares, la inviolabilidad de las misiones diplomáticas o el asilo diplomático. En el mismo contexto, pero en Argentina, se desarrolla la trama narrada en "La historia ofi-

cial" (Luis Puenzo, Argentina, 1985), que relata la búsqueda de una madre del auténtico origen de su hija adoptada, descubriendo finalmente que su madre natural desapareció en las cárceles de la Dictadura (1976-1983) y que le fue sustraída la niña. Además de las cuestiones relativas a los crímenes consistentes en torturas y desaparición forzada, esta película plantea el derecho a la identidad, los derechos específicos de los niños y la cuestión del denominado "derecho a la verdad" (ya apuntado en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra en el marco de los conflictos armados, y reconocido recientemente al margen de las situaciones bélicas en los trabajos del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana, así como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). En la UD-15 se estudia "Diamantes de sangre" (Edward Zwick, Estados Unidos, 2006), cuya trama se desarrolla durante la guerra civil de Sierra Leona (1991-2002) y que suscita temas tan interesantes para el Derecho Internacional como el régimen jurídico de los conflictos armados internos (trato a los combatientes, periodistas, población civil...), la atribución de la responsabilidad al Estado por el comportamiento ilícito de elementos insurgentes, la protección de los refugiados, la protección de los derechos de los niños (en relación con la práctica de los "niños soldados") y la función de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas ("cascos azules", tribunal penal internacional, etc). En "Rendition" (Gavin Hood, Estados Unidos-Sudáfrica, 2007), también distribuida como "El sospechoso" o "Expediente Anwar", se relata la detención ilegal de un ciudadano norteamericano de origen egipcio en Sudáfrica y su interrogatorio en una prisión secreta de la CIA en el Norte de África. Nuevamente la lucha contra el terrorismo sirve de excusa para vulneraciones evidentes de los derechos humanos, en una película que permite estudiar el concepto de terrorismo y desgranar todos los incumplimientos que se pueden producir en estas situaciones de los tratados internacionales del ámbito universal y también del regional americano. La última unidad de este capítulo consiste en el análisis de la película "La flor del desierto" (Sherry Hormann, Reino Unido-Austria-Alemania, 2009), cuyo argumento es la biografía de la modelo somalí Waris Dirie, con una infancia marcada por la mutilación genital, la huida de su país para evitar ser casada a la fuerza y su vida como criada del Embajador de Somalia en Londres, hasta conseguir ser una de las más importantes modelos del mundo y protagonizar una sonada lucha por la defensa de los derechos de las niñas. En esta película se suscitan temas como los derechos de la infancia y de las mujeres, la responsabilidad internacional de los Estados por su incumplimiento, los privilegios de las familias y

del personal doméstico de los agentes diplomáticos, los derechos de los refugiados y la cuestión de los denominados “Estados fallidos”, de la que Somalia es un buen ejemplo.

El Capítulo Quinto, último de la recopilación y que completa las veintiuna unidades didácticas, incluye las películas “Vencedores o vencidos”, “Los gritos del silencio”, “La intérprete” y “El escritor”. El hilo conductor principal de todas ellas es el Derecho Internacional Penal. Si hubiera que designar una película como la más representativa del “cine judicial” relacionado con el Derecho Internacional Penal esta sería, sin ninguna duda, “Vencedores o vencidos” (Stanley Kramer, Estados Unidos, 1961). En esta obra cinematográfica se relata el proceso de Nuremberg en el que se juzgaron en 1945 a 24 altos cargos políticos y militares del III Reich alemán, acusados de crímenes internacionales. Entre los temas tratados en esta unidad didáctica, número 18, destacan las clases de tribunales penales internacionales establecidos desde entonces hasta culminar con la creación de la Corte Penal Internacional por el Estatuto de Roma de 1998; el diferente régimen jurídico de la responsabilidad internacional del Estado y la de los particulares; la distinción entre crimen de agresión, genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad; y la naturaleza jurídica de los Principios de Nuremberg, aprobados por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En “Los gritos del silencio” (Roland Joffé, Reino Unido, 1984) se relata las peripecias de dos periodistas, uno norteamericano y otro local, durante la revolución de los Jemeres Rojos en Camboya (1973-1979). En esta UD-19 se plantean preguntas sobre la inviolabilidad y la terminación de las misiones diplomáticas, los elementos y la continuidad en la identidad del Estado, el trato a la población civil durante los conflictos armados, los crímenes internacionales y su enjuiciamiento, en este caso, en el Tribunal Especial para Camboya. “La intérprete” (Sydney Pollack, Reino Unido, 2005) nos sitúa en la ciudad de Nueva York durante la visita de un presidente africano que participa en la Asamblea General de la ONU con la intención de evitar su procesamiento por la Corte Penal Internacional mientras es objeto de protección por los agentes norteamericanos debido a una amenaza de atentado. Muchos son los temas que se plantean en el estudio de esta película: los privilegios y la inviolabilidad de los Jefes de Estado cuando visitan otros países; la admisión de los Estados en la ONU, el procedimiento de adopción de decisiones en el Consejo de Seguridad y las competencias y funcionamiento de la Asamblea General; el concepto de genocidio; y el procedimiento ante la Corte Penal Internacional y su competencia material. La última película estudiada (UD-21) es “El escritor” (Roman Polanski, Francia-Reino Unido- Alemania-

Estados Unidos, 2010), que narra la relación de un “escritor fantasma” con el político del que escribe sus memorias, un ex Primer Ministro británico que es acusado de crímenes internacionales por su participación en la Guerra de Irak y en los posteriores “vuelos secretos” de la CIA. Además de los temas ya tratados en unidades anteriores, como la inviolabilidad de los Jefes de Estado (en este caso también de los ex Jefes de Estado) y la jurisdicción, procedimiento y competencia material de la Corte Penal Internacional, se plantean otras cuestiones como la legalidad de las actuaciones antiterroristas realizadas después de los atentados de Nueva York y la legalidad de la intervención militar en Irak en 2003. En definitiva, las veinte películas y el documental utilizados proporcionan una amplia serie de temas, todos ellos nucleares del Derecho Internacional.

En síntesis, cabe destacar de esta obra la valiosa aportación que supone para el alumno en el aprendizaje de una asignatura tan compleja y cambiante en cuanto a los problemas a los que ha de enfrentarse un operador jurídico. Ciertamente, la obra da muestra del perfil no sólo docente sino también investigador de los participantes en su elaboración, lo que se refleja en la elección tanto de la herramienta de enseñanza como en particular de las obras escogidas para lograr el objetivo marcado. Por todo, esta obra constituye una referencia obligada para los alumnos, profesores y para todo aquél que quiera aprender el Derecho internacional desde una óptica distinta.

Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ
Prof. Ayudante Doctor
Derecho Internacional Privado
UCM

MORALES LAMA, M., *Diplomacia contemporánea. Teoría y práctica para el ejercicio profesional*, Santo Domingo, 15ª edición, 2015, 583 pp.

Se cumplen nueve años desde la primera edición de la obra *Diplomacia contemporánea. Teoría y práctica para el ejercicio profesional*, del doctor Manuel Morales Lama. Diplomático de reconocido prestigio, ha sido Embajador de la República Dominicana en Israel, Venezuela y Brasil, y ha desempeñado cargos diplomáticos y consulares en su Cancillería y en diversos países y conferencias internacionales. Asimismo, en su labor docente y

académica destacan las altas responsabilidades ejercidas en la Universidad Católica Santo Domingo, la Universidad Iberoamericana y la Universidad Católica Madre y Maestra. Aunque es autor de otras monografías y artículos sobre Derecho Internacional, su obra más relevante es, sin duda, la que alcanza en este año 2015 su undécima edición, revisada y ampliada.

Cuando en 2001 tuvo la amabilidad de obsequiarme con este obra, entonces en su cuarta edición, que era también su primera revisión actualizada y ampliada, encontré en su lectura no sólo el contenido esencial de un manual sobre Derecho Diplomático, sino también una elocuente guía de los usos y protocolos diplomáticos. Esta obra no sólo ha sido galardonada en 1997 con el Premio Nacional de Didáctica "Manuel de Jesús Peña y Reynoso", sino que está traducida al portugués y es un manual de referencia para estudiantes y profesionales del Derecho Internacional Público y de las Carreras Diplomáticas en Iberoamérica, debiendo ocupar también en nuestra consideración esta merecida distinción en España y Portugal.

El manual aborda todos los temas relacionados con la acción exterior del Estado, en unos capítulos en términos estrictamente teóricos, como el primero, sobre los conceptos básicos y las modalidades de diplomacia, y el segundo, en el que se describen las etapas históricas de la diplomacia, y en otros, por el contrario, desde una aproximación eminentemente –incluso gráficamente– práctica. Los capítulos tercero y cuarto se dedican a la exposición de los órganos del Estado encargados de la acción exterior, primeramente el Jefe del Estado, Ministro de Relaciones Exteriores y la Cancillería, y posteriormente el Servicio Diplomático y el Consular, con una didáctica distinción entre las distintas categorías de diplomáticos, agentes consulares y, especialmente, embajadores. Centrándose en la misión diplomática permanente, los capítulos quinto y sexto explican el derecho de legación y las funciones diplomáticas, dedicando una exposición pormenorizada a los privilegios e inmunidades tanto de la misión como de su personal. La parte más teórica del manual –a la que habría que añadir el apéndice sobre la protección diplomática y las normas nacionales e internacionales que se anexan– termina con un capítulo séptimo dedicado a la concertación de los tratados internacionales, en el que resulta de especial interés la descripción de las diferentes modalidades de acuerdos internacionales.

Los siguientes capítulos, séptimo y octavo, tratan cuestiones prácticas relativas al estilo, lengua, correspondencia exterior e interna, notas diplomáticas, tarjetas, registro, valija diplomática, ceremonial, protocolo, precedencia, emblemas, decanato, actos religiosos, banquetes, visitas, condecoraciones, etc. Los asuntos explicados en estos capítulos, unidos a los contenidos de

los apéndices sobre indumentaria, presentaciones, comidas, recepciones, condecoraciones, uso de la bandera, correspondencia y otros aspectos, con esquemas, gráficos y listados de gran claridad, ofrecen una guía utilísima para el ejercicio práctico de la función diplomática. Cuestiones tan particulares, pero tan importantes para cumplir la etiqueta, como la vestimenta para los diferentes actos protocolarios, la presidencia en las mesas o, por ejemplo, el uso del tabaco o los brindis, quedan resueltas en este manual de forma sucinta pero completa.

En esta última edición se ha incluido un capítulo décimo titulado "La nueva realidad diplomática" en la que el Embajador Morales Lama explica cuestiones de actualidad como la diplomacia económica y comercial, los cambios en el ejercicio de las relaciones diplomáticas, los medios electrónicos en la comunicación diplomática, el lenguaje profesional, el "smart power" y la diplomacia multilateral. La especial atención que presta a la promoción de las inversiones extranjeras, a la ayuda al comercio exterior y a la estrategia de definición de la "marca del país" muestra uno de los principales cambios en los esfuerzos de las diplomacias nacionales. En el aspecto formal, la preocupación no sólo por el uso de los medios electrónicos sino también por los problemas relacionados con la debida confidencialidad en esta nueva "e-diplomacy", demuestra, igualmente, la actualidad de los temas incorporados por su autor en esta nueva edición.

Se trata, en suma, de un manual sobre la acción diplomática esencial en nuestro contexto iberoamericano, por cuanto supone no sólo una muy relevante aportación académica al estudio de las misiones diplomáticas sino muy especialmente porque ha contribuido –y contribuye– de forma encomiable a la divulgación del contenido material de la acción exterior de los Estados y es, con toda certeza, una de las guías de referencia de los usos y el protocolo diplomáticos.

José Antonio PEREA UNCETA
Profesor Contratado Doctor
Derecho Internacional Público
 UCM

NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS

MANUALES Y MONOGRAFÍAS

- BOU FRANCH, V. y CASTILLO DAUDÍ, M., *Derecho internacional de los derechos humanos y Derecho internacional humanitario*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia (España), 2014, 623 pp.
- BOU FRANCH, V. (Dir.), *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 1ª ed., Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra, España), 2014, 477 pp.
- JUSTE RUIZ, J. y BOU FRANCH, V. (dirs.), *Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia (España), 2014, 575 pp.
- LÓPEZ MARTÍN, A.G. et alt. (coord.), *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra Homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, 925 páginas.
- LÓPEZ MARTÍN, A.G. (dir.), *Derecho Internacional Público. Temas adaptados a los estudios de Grado*, 2ª ed., Editorial Dilex, Madrid, 2013.
- LÓPEZ MARTÍN A.G. y PEREA UNCETA, J.A., *El Cine y el Derecho Internacional. Materiales de prácticas para la docencia*, Editorial El Bosque, Bogotá (Colombia) 2014.
- LÓPEZ MARTÍN, A.G., *Los Estados fallidos. Un análisis desde el Derecho internacional*, Publicia, Saarbrücken, 2015.
- LÓPEZ MARTÍN, A.G. et alt., *Responsabilidad internacional y del Estado. Encrucijada entre sistemas para la protección de los derechos humanos*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia), 2015.
- LÓPEZ MARTÍN, A.G. (ed.), *Derecho internacional Público*, 3ª ed., Editorial Dilex, Madrid, 2015.

ARTÍCULOS EN REVISTAS Y EN OBRAS COLECTIVAS

- BOU FRANCH, V., "El crimen de genocidio", en: Santiago Torres Bernárdez *et al.*, (dirs.), *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*, 1ª ed., Iprolex, Madrid (España), 2013, pp. 667-686.

- BOU FRANCH, V., "La regulación del genocidio en el Derecho Internacional y en el Derecho español", en: C. Ramón Chornet (coord.), *Conflictos armados. De la vulneración de los derechos humanos a las sanciones del Derecho Internacional*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia (España), 2014, pp. 21-60.

- BOU FRANCH, V., "La creación y consolidación de las Comunidades Europeas", en: V. Bou Franch (dir.), *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 1ª ed., Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra, España), 2014, pp. 31-52.

- BOU FRANCH, V., "La creación y consolidación de la Unión Europea", en: V. Bou Franch (dir.), *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 1ª ed., Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra, España), 2014, pp. 53-86.

- BOU FRANCH, V., en: V. Bou Franch (dir.), *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 1ª ed., Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra, España), 2014, pp. 89-132.

- BOU FRANCH, V., "Las competencias de la Unión Europea", en: V. Bou Franch (dir.), *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 1ª ed., Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra, España), 2014, pp. 133-174.

- BOU FRANCH, V., "Las fuentes del Derecho de la Unión Europea", en: V. Bou Franch (dir.), *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 1ª ed., Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra, España), 2014, pp. 245-300.

- BOU FRANCH, V., "La aplicación del Derecho de la Unión Europea", en: V. Bou Franch (dir.), *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 1ª ed., Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra, España), 2014, pp. 301-378.

- BOU FRANCH, V., "La lucha contra la contaminación marina resultante de fuentes y actividades de origen terrestre. Especial referencia al Mediterráneo", en: J. Juste Ruiz y V. Bou Franch (dirs.), *Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia (España), 2014, pp. 319-362.

- BOU FRANCH, V., "La Política Migratoria de la Unión Europea en su aplicación práctica", en: I. Reig Fabado (dir.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia (España), 2014, pp. 213-256.

- ESPALIAT, A., INFANTE, M.T., RAMACCIOTTI, B.M., y otros, "Mesa Redonda Post la Haya", *Estudios Internacionales, Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, vol.46., no.179, set-diciembre, Santiago, Chile, pp. 144-167, 2014.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "De Somalia a Libia: el Estado fallido, ¿un nuevo modelo de Estado?", *RECorDIP, (Revista electrónica cordobesa de Derecho Internacional Público)* Vol.1, nº1, 2013; y *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Vol.IV, nº1, Nueva Serie II (2013), pp. 91-110.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "El 'cierre' del Estrecho de Ormuz: Un análisis desde el Derecho internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 25, junio 2013.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "La labor de la Corte Internacional de Justicia en el arreglo de las controversias territoriales", en *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra Homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pp.513-534.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "Estado fallido. Una aproximación a una "expresión" en auge", *Revista Icade. Publicación de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Nº 89 (2013), pp. 197-219.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: Caso *The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, 7 de agosto de 2012", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, 2013.2, pp.209-226.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "Principios y reglas de solución aplicables a las controversias territoriales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol.6, 2013, pp.15-45.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "Las víctimas del abuso de poder en Derecho internacional: una aproximación a su estatuto jurídico", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n° 14, enero 2014, pp.1-26.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en Derecho Internacional", *Anuario Jurídico y Económico Esclariense*, XLVII (2014), pp. 133-162.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "La prestación de servicios de crucero por aguas interiores, con salida y llegada al mismo puerto, se incluye dentro del concepto de «cabotaje marítimo» (Comentario a la STJUE de 24 de marzo de 2014, Alpina River Cruisers y Nicko Tours, asunto C-17/2013), *La Ley. Unión Europea*, n° 16, junio 2014, pp.65-72.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "Enseñanza práctica e internacional a través de los medios de comunicación", en SÁNCHEZ-BAYÓN A. (coord.), *Innovación docente en los nuevos estudios universitarios. Teorías y métodos para la mejora permanente y un adecuado uso de las TIC en el aula*, Tirant Humanidades, Valencia, 2014, pp.167-172.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "El sistema europeo de Protección de los Derechos Humanos: El Consejo de Europa y la Carta Social (II)", en ESTRADA ADÁN, G.E., y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coords.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, Facultad de Derecho UNAM, México, 2014, pp.163-190.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "El estatuto jurídico de las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos en Derecho internacional", en VV.AA., *Nuevos desarrollos en el Derecho internacional de los derechos humanos: los derechos de las víctimas*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2014, pp.53-104.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "Las víctimas del abuso de poder en Derecho Internacional", en VV.AA., *Nuevos desarrollos en el Derecho internacional*

de los derechos humanos: los derechos de las víctimas, Thomson-Reuters Aranzadi, 2014, pp.249-282.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, su Protocolo Facultativo de 2008 y los mecanismos de garantía y control de aplicación", *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Da previsão normativa à efetividade no Brasil*, Livraria e Editora Lumen Juris Ltda., Sao Paulo, 2014, pp.315-337.

- MEJÍA HERRERA, O., "El acuerdo de asociación Unión Europea - Centroamérica: contenido, significado y valoración general", *RDCE*, n.º47, 2014, pp.181-204.

-RAMACCIOTTI, B.M., "La democracia en la Era Digital", en REY CARO, E.J. Y RODRÍGUEZ DE TABORDA, M.C. (Editores), *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clement*, Córdoba, Editorial Advocatus, 2014, pp.787- 819.

NOTICIARIO DEL IHLADI

**DISCURSOS DEL
XXVIII CONGRESO**

**DISCURSOS PRONUNCIADOS EN LA SESIÓN
INAUGURAL DEL XXVIII CONGRESO DEL
INSTITUTO-HISPANO-LUSO AMERICANO DE DERECHO
INTERNACIONAL (MANAGUA -NICARAGUA-,
DEL 10 AL 14 DE NOVIEMBRE DE 2014)**

**DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SECRETARIO GENERAL
DEL INSTITUTO, PROFESOR DOCTOR PROMETEO CEREZO
DE DIEGO**

Excmos. Sres.:

La conmemoración del V Centenario del nacimiento de la Reina Isabel la Católica, en 1951, motivó el que un grupo de profesores españoles de Derecho internacional asumiera la iniciativa de invitar a los profesores e instituciones científicas de los países de la estirpe española y portuguesa, dedicados al estudio de esta materia, a celebrar un Congreso de Derecho internacional en Madrid para estudiar conjuntamente los problemas que tenía planteados en aquel momento el orden jurídico internacional.

La existencia de sistemas doctrinales afines y los especiales vínculos que unen a todos los miembros de la comunidad hispano-luso-americana y filipina permitían abrigar la esperanza de poder reflexionar en común sobre los problemas específicos existentes en el mundo iberoamericano y filipino, e intentar formular reglas y principios que pudieran cristalizar un día en normas positivas de Derecho.

Esta iniciativa, que contó con la colaboración entusiasta de numerosas instituciones españolas, como el Instituto de Cultura Hispánica, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, la Escuela Diplomática, el Instituto "Francisco de Vitoria", etc., junto con una cálida acogida entre los profesores y especialistas del Derecho internacional del mundo iberoamericano y filipino, permitió la celebración, en octubre de 1951, del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

La constatación de que este primer contacto de iusinternacionalistas hispano-luso-americanos y filipinos no debía constituir un hecho esporádico, sino el inicio de una serie de Congresos a través de los cuales pudieran ser tratados muchos de los temas sugeridos en el Congreso, y otros nuevos que

se fueran suscitando en el futuro, motivó la creación del Instituto-Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI), con sede en Madrid.

Los objetivos que se asignan al IHLADI en sus Estatutos son, entre otros, los de estudiar y difundir las concepciones y principios de Derecho internacional que contribuyan a su desarrollo progresivo, a su codificación y a la convivencia pacífica e imperio de la justicia entre los pueblos. Propagar la doctrina de la Escuela Clásica Española de Derecho internacional, que por sus principios y la filosofía jurídica que la informan ha ejercido una incuestionable influencia en la estructuración y evolución del Derecho de Gentes y en la protección de los derechos humanos. Estudiar y difundir los aportes realizados por el Continente Americano para la efectiva reformulación de los principios, reglas e instituciones del Derecho internacional que han permitido el logro de una mejor convivencia entre los Estados. Igualmente, mantener relaciones con Universidades, Institutos, Asociaciones y Centros Científicos que propugnen propósitos similares, y con entidades y organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, el Consejo de Europa, etc., con el fin de lograr un mejor conocimiento e intercambio de proyectos, trabajos y publicaciones.

El Instituto fue designado órgano consultivo de las Naciones Unidas por Resolución del Consejo Económico y Social de 13 de agosto de 1964.

Desde su fundación, el IHLADI ha contado entre sus miembros con una lista numerosa de profesores, diplomáticos, especialistas en Derecho internacional, Jefes de Estado, hombres de gobierno, presidentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas, altos funcionarios internacionales de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y de la Asociación Latinoamericana de Integración; jueces y presidentes del Tribunal Internacional de Justicia, del Tribunal del Derecho del Mar, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, del moderno Tribunal Penal Internacional, miembros de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, etc.

Entre las actividades desarrolladas por el Instituto-Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional destacan los XXVIII Congresos internacionales celebrados tanto en España y Portugal como en diversos países iberoamericanos y Filipinas, y la edición de un Anuario, del que se han publicado hasta el momento 21 volúmenes, en el que se recogen, además de las Ponencias y Resoluciones aprobadas en los Congresos, estudios doctrinales y reseñas bibliográficas.

De otra parte, si bien el Instituto no tiene carácter político de ninguna tendencia ni acepta orientaciones de los gobiernos, sí tiene como norma colaborar con todos los países y con los organismos internacionales en todas aquellas actividades que fomenten el mantenimiento de la paz y de la justicia entre las naciones, según consta en sus Estatutos.

Igualmente, entre las aspiraciones del Instituto está la celebración de Congresos periódicos que permitan desarrollar entre los países de la Comunidad Iberoamericana el estudio del Derecho internacional, de la historia diplomática y de los problemas internacionales del mundo contemporáneo y contribuir al desarrollo progresivo del Derecho internacional, siguiendo los principios de la Escuela clásica española del Derecho de Gentes, basada en el espíritu cristiano y la filosofía jurídica que establece la supremacía de la moral y de la justicia sobre la voluntad de los Estados, y la subordinación del Derecho internacional positivo a los límites impuestos por el bien común internacional.

En el primer Congreso del Instituto, celebrado en Madrid en 1951, Nicaragua contó con una distinguida representación: los doctores Mariano Argüello Vargas, Presidente del Senado y embajador de la República en Buenos Aires, y el doctor Juan Munguía Novoa, miembro de la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados, ambos fueron elegidos Asociados fundadores y poseyeron este título y pertenencia en el Instituto hasta su muerte.

Del mismo modo, estuvieron vinculados con el Instituto los doctores Iván Argüello Gil, S. Guerrero Montalbán, Aníbal Solórzano Reñazco y Modesto Valle.

En la actualidad, gracias al esfuerzo de la Comisión organizadora nicaragüense presidida por el Dr. Carlos Argüello Gómez y demás miembros de la Comisión, ha sido posible la organización del primer Congreso del Instituto en Nicaragua.

En nombre del IHLADI quiero dar las más sentidas gracias al Gobierno de Nicaragua, por su apoyo y su extraordinaria ayuda económica, sin la cual no habría sido posible esta celebración.

Que Santo Domingo, patrono de la nación de Nicaragua, nos ilumine para que con su patrocinio llevemos a cabo nuestros trabajos felizmente y podamos contribuir a la noble tarea de promover la paz, el progreso y el imperio del Derecho entre los pueblos.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL PRESIDENTE SALIENTE DEL INSTITUTO, DR. ROBERTO P. APONTE TORO

Distinguidos colegas, Autoridades nicaragienses y Directivos de IHLADI:

Deseo en primer lugar unirme al saludo protocolar que ha tenido a su cargo nuestro Secretario General Prometeo Cerezo. Daré comienzo a mis palabras apuntando como en ocasiones el tiempo parece trasladarse a pasos muy lentos en unos asuntos y demasiado rápidos a otros niveles. Creo que así me siento yo con relación a los últimos dos años. Hace poco menos de dos años muchos de ustedes nos acompañaron en Puerto Rico. Para algunos propósitos, como nos decía la canción de Armando Manzanero, "*Parece que fue ayer*". Para otros propósitos, ese periodo ha resultado lento y duro en algunos de nuestros países y en algunas de nuestras vidas. Sin duda ha resultado así, en gran parte del mundo que poblamos.

Para una buena parte de nosotros, la vida y su futuro no luce mejor hoy que ayer. Sin embargo, el área académica y profesional a la que hemos dedicado nuestras energías, a su vez, para bien o para mal parece estar a un vuelco de que nos adentremos en otro determinante período de redefinición. No puedo apuntar la dirección final que tomará lo que observo sucediendo, pero sin duda, en calma no está la mar a esta hora de la mañana.

Creo que hay tres temas que podrán afectar el futuro de muchos de nosotros, particularmente en América. El primero, es la reintegración nuevamente de Cuba a los procesos formales de América. El segundo, lo que yo espero constituya el fin de la llamada "guerra de la droga". Ambos asuntos marcaron definitivamente mi vida. Espero no morir sin ver que al menos estos dos comiencen a resolverse. Pero hay mucho más que se está definiendo en el contexto internacional. Conceptos como el de la excepcionalidad, los límites del alegado globalismo, las obligaciones impuestas por la cooperación, y el intento por rescatar la diversidad, están planteados hoy con carácter de mucha urgencia.

Esto hace, que instituciones como la nuestra, que en ocasiones se perciben algo cansadas, encontremos nuevo espacio para contribuir a estas discusiones. Confieso que en los dos últimos años, durante lo que podríamos llamar "mi Presidencia" en IHLADI, la situación de mi país no me dio espacio para alcanzar las cosas que deseaba llevar a cabo con ustedes.

De todas formas, agradezco el privilegio que me ofrecieron. Estoy seguro que al abandonar a Nicaragua en dos días, habré observado que este Congreso y esta organización continúan en buenas manos y que nuestro compromiso como internacionalistas avanzará adelante con energía, en este momento más que en ningún otro.

Reciban todos nuestro más caluroso saludo.

PALABRAS DE INAUGURACIÓN DE LA DRA. ALBA LUZ RAMOS VANEGAS, MAGISTRADA PRESIDENTA DE LA CSJ

Buenos días,

Cro. Samuel Santos López, Canciller de la República de Nicaragua;

Dr. Carlos Guerra Gallardo, Presidente en funciones de la Corte Centroamericana de Justicia;

Prof. Prometeo Cerezo, Secretario General del Instituto Hispano- Luso- Americano de Derecho Internacional;

Dr. Roberto Aponte Toro, Presidente Pro- t  mpore saliente del Instituto Hispano- Luso- Americano de Derecho Internacional;

Dr. Carlos Argüello Gómez, Embajador de la República de Nicaragua ante el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya; y Presidente Pro- t  mpore del Instituto Hispano- Luso- Americano de Derecho Internacional;

Dr. Alfredo Martínez Moreno, Presidente honorario del Instituto Hispano- Luso- Americano de Derecho Internacional;

Delegados y Delegadas Internacionales a este XXVIII (Vigésimo Octavo) Congreso del Instituto;

Magistrados de la Corte Centroamericana de Justicia;

Miembros del Estado Mayor del Ejército de Nicaragua;

Miembros de la Jefatura de la Policía Nacional;

Funcionarios y funcionarias del Ministerio de Relaciones Exteriores y otras instituciones del Estado de Nicaragua;

Miembros del Cuerpo Diplomático acreditados en nuestro país;

Representantes de los medios de comunicación social;

Amigos y amigas.

En nombre del Presidente de la República, Comandante Daniel Ortega, del Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional y del Poder Judicial de la República de Nicaragua, quiero expresarles la más cordial bienvenida a la Patria de Rubén Darío y Sandino; que esta semana se convertirá en el hogar de todos ustedes.

Nos ha llenado de profunda satisfacción conocer los loables objetivos del Instituto Hispano- Luso- Americano de Derecho Internacional, contenidos en su Estatuto, entre los que destacan: la contribución al desarrollo y codificación del Derecho Internacional; la promoción de la convivencia pacífica y el imperio de la justicia entre los pueblos. Igualmente impresionante, resulta la numerosa lista de las notables personalidades del mundo que han formado parte de este Instituto; quienes han aportado sus experiencias, conocimientos,

tiempo y esfuerzos para el cabal cumplimiento de las nobles metas trazadas desde la fundación de este conglomerado de expertos en el Derecho Internacional Privado y Público.

Sin lugar a dudas, en el mundo de hoy, los objetivos del Instituto Hispano-Luso- Americano de Derecho Internacional adquieren una relevancia especial, con la consolidación de la globalización en todos los aspectos de la vida humana, tanto en aquellos que son positivos como la tecnología, la economía, la producción y la solidaridad; al igual que en áreas de impacto negativo para los Estados y los pueblos como son: Las expresiones del crimen organizado internacional, las guerras, las epidemias, el hambre, la pobreza y los cambios climáticos sufridos por la Madre Tierra, como producto de la acción humana.

Todos estos fenómenos se constituyen en desafíos que no pueden ser afrontados por ninguna nación de manera aislada, por el contrario, los retos que nos presenta el Siglo XXI, nos exigen respuestas conjuntas de la comunidad internacional, que debe poner como principio y fin de su labor el bienestar del ser humano y del planeta que nos da la vida. En este sentido, principios como la solidaridad, la autodeterminación de los pueblos, la protección del medio ambiente, la promoción y respeto irrestricto de los derechos humanos, la justicia social, el desarrollo sostenible, la lucha frontal contra la pobreza, la preeminencia y el respeto al Derecho Internacional, como única vía para la solución de los conflictos internacionales, se convierten en ejes fundamentales y transversales en todas las actividades y relaciones entre los Estados; y entre éstos y los particulares.

Precisamente esa ha sido la convicción que ha impregnado las relaciones internacionales impulsadas por nuestro país y que nos ha llevado a someter la solución de los diferendos internacionales a las instancias jurisdiccionales y a ratificar convenciones importantes en el ámbito del Derecho Internacional Privado, lo que confirma el camino de la institucionalidad y la convivencia pacífica por el que hemos optado las y los nicaragüenses para resolver los conflictos.

Por ello, la celebración de este XXVIII (Vigésimo Octavo) Congreso del Instituto Hispano- Luso- Americano de Derecho Internacional, además de representar para nuestro país un gran honor, también nos significa la oportunidad de retroalimentarnos de las experiencias que cada uno de ustedes han ido acumulando en sus años de estudio y práctica del Derecho Internacional; asimismo, nos permitirá conocer de primera mano las nuevas tendencias jurídicas en el ámbito internacional público y privado, al tiempo que servirá de foro adecuado para discutir, desde la doctrina, posibles respuestas a los desafíos que tenemos planteados.

De tal manera, que nos sentimos muy honrados con la presencia de todos y cada uno de ustedes, confiamos en que las jornadas de trabajo científico programadas para este congreso serán muy fructíferas para todos los y las asistentes y para el continuo desarrollo del Derecho Internacional en Iberoamérica. Además, esperamos que su estadía en nuestro país les resulte altamente placentera, que disfruten de nuestras riquezas naturales y culturales, pero sobre todo: del calor y cordialidad con que nuestro pueblo recibe a sus hermanos y hermanas de todas las partes del mundo.

Así, con la reiteración de nuestra bienvenida y de nuestros mejores deseos, damos por inaugurado este XXVIII (Vigésimo Octavo) Congreso del Instituto Hispano- Luso- Americano de Derecho Internacional.

Muchas gracias.

DISCURSO DE INAUGURACION DEL XXVIII CONGRESO DEL IHLADI CARLOS J. ARGÜELLO GÓMEZ

Dra. Alba Luz Ramos, Presidenta de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

Lic. Samuel Santos López, Ministro de Relaciones Exteriores

Dr. Carlos Guerra, Presidente en funciones de la Corte Centroamericana de Justicia

Prof. Dr. Roberto Aponte Toro, Presidente del Instituto

Dr. Alfredo Martínez Moreno, Presidente Honorario del Instituto

Prof. Dr. Prometeo Cerezo de Diego, Secretario General del Instituto,

Distinguidos colegas, Excelentísimos señores Embajadores y diplomáticos que nos acompañan, señoras y señores

Recibo este gran honor de ser electo Presidente del IHLADI en nombre de toda Nicaragua, de los colegas nicaragüenses miembros y asociados del Instituto, de los miembros de la comisión organizadora y, particularmente, de todas las personas que han participado activamente y con entusiasmo en la organización de este Congreso.

Mi introducción al IHLADI fue en el Congreso de Cáceres en 1992 en que el Dr. Alejandro Montiel Argüello introdujo y patrocinó mi asociación al Instituto. Hoy quiero recordar al Dr. Montiel, mentor de muchos nosotros nicaragüenses, y quien entre otras funciones de gran importancia, fue Canciller de Nicaragua en dos ocasiones. Su retrato se encuentra junto al de todos los cancilleres de Nicaragua en este Salón de las Naciones.

Me toca dirigir estas palabras por así decirlo con dos sombreros, como Miembro y Presidente electo del IHLADI y como nicaragüense y funcionario del Gobierno anfitrión de este Congreso.

Con el sombrero nicaragüense es para mí un gran gusto y honor darles la bienvenida a esta nación centroamericana que los acoge con los brazos abiertos.

A la vez quisiera decir unas breves palabras sobre el gran interés de Nicaragua por impulsar el respeto al Derecho Internacional que es la razón fundamental para haber patrocinado con tanto entusiasmo este evento tan importante.

La manera más palpable de comprobar el interés y el respeto que Nicaragua tiene por el Derecho Internacional, particularmente en los últimos 30 y pico de años, es precisamente con el hecho de que ella ha sido la principal litigante ante la Corte Internacional de Justicia. Desde 1984 en que introdujimos el caso en contra de EEUU por la guerra no tan encubierta que libraba contra Nicaragua, hasta el más reciente caso de Nicaragua con Colombia que fue resuelto por la Corte hace dos años. Es más, actualmente Nicaragua es parte en cinco casos que están en trámite ante la Corte..

Ahora, hablando como Presidente del IHLADI quisiera explicar brevemente mi visión para impulsar la labor del Instituto.

Este Congreso tiene lugar en medio de un clima internacional que continúa generando situaciones que obligan a repensar las reglas ya establecidas en todos los ámbitos, humanitario, ambiental, procesal, comercial, entre otros. De igual forma, las nuevas realidades y contextos, en particular las diversas y sofisticadas amenazas a la paz y seguridad internacional, necesitan nuevas respuestas por nuestra parte, soluciones innovadoras que no están necesariamente facilitadas por las nociones legales contemporáneas.

Todas estas circunstancias ameritan la atención de esta distinguida audiencia, y ponen de relieve la importancia de este Instituto como voz unificadora de los países hispano-luso-americanos, en un momento en que el Derecho Internacional esta siendo re-examinado.

Hoy que la Presidencia ha recaído en un hispano americano nicaragüense mi esfuerzo se centrará particularmente, parafraseando los Estatutos del

IHLADI, en fomentar el estudio y difusión de los aportes de nuestra América Ibérica al actual derecho internacional.

En la última década la América Ibérica ha sido la principal usuaria de la Corte Internacional de Justicia. Y sin embargo parece irónico que hoy por hoy corremos el peligro por primera vez en la historia de no tener un solo juez de habla hispana en la Corte Internacional.

Esta referencia a la situación ante la Corte Internacional la hago a manera de ejemplo de algo más generalizado que está sucediendo y es que el sistema anglosajón de derecho está tomando y con mucho primacía sobre los demás sistemas. Incluso la cultura jurídica francesa, es decir, la nuestra en otro idioma, por muy lengua oficial de la Corte Internacional y de otros organismos internacionales, en la práctica ya no está a la par del Inglés. Aparentemente vamos camino de tener que responder positivamente la pregunta que hacía Rubén Darío en su Oda a Roosevelt hace ya 110 años: "tantos millones de hombres hablaremos inglés".

Todo esto apunta a que algo debemos hacer para defender nuestra cultura y, en nuestro caso particular, nuestra cultura jurídica. Significa que necesitamos algún mecanismo para recordarle al mundo que representamos una tradición jurídica y cultural fundamental, que no puede ser ignorada. El IHLADI fue creado precisamente para divulgar nuestra cultura jurídica y para tratar de evitar lo que actualmente está pasando. El IHLADI nació en 1951 época después de la segunda guerra mundial en que empezaba a dominar la cultura anglosajona pero también era una época en que nuestra América representaba un número muy significativo de las naciones del mundo y en que aún podía impulsar medidas en los foros internacionales. Pero desafortunadamente hemos ido retrocediendo y tenemos que tomar medidas serias para volver a ser quienes siempre habíamos sido.

Pero el problema para nuestras naciones hispano-lusas-americanas no se reduce a la pérdida de influencia en los foros internacionales en cuanto al uso del idioma y sistema jurídico anglosajón, sino de nuestros intereses internacionales. Los cursos que se imparten en foros especializados como Hamburgo, Rhodas e incluso en la Academia de La Haya reflejan principalmente los conceptos del derecho y las posiciones que defienden las grandes potencias occidentales.

Por eso considero que no solo nos falta impulsar nuestro idioma y cultura jurídica sino también nuestros intereses como naciones pacíficas, ajenas a pretensiones nucleares, para evitar que el derecho internacional no retroceda 100 años y que no sea vista, por ejemplo y vitalmente, el uso de la fuerza (en la que incluyo el uso de la extrema fuerza económica) como algo lícito o no

expresamente prohibido según lo pretenden algunas grandes potencias económicas y militares.

La China, a pesar de ser hoy por hoy una gran potencia, ha sentido esta misma presión y ha empezado a tomar medidas. China inauguró una academia de derecho internacional propia en Xianamen hace 8 años. Ciertamente esa academia no es para repetir los cursos de La Haya o de otros centros similares en las otras grandes potencias sino para divulgar sus posiciones jurídicas.

Entonces la pregunta que me he hecho es, ¿por qué no existe una Academia Hispano-Lusa-Americana de Derecho Internacional?

Esta idea es importantísima y no estoy lanzándola al viento, pero en este momento no voy a ampliar mis consideraciones sobre este tema en el curso de nuestras deliberaciones. Por ahora solo la menciono como un paso adelante que nuestro Instituto puede dar y patrocinar. Pero también puedo anticipar que por parte de las autoridades de Nicaragua existe mucho interés en impulsar esta idea.

Para finalizar quisiera recordar que entre los fines principales del Instituto está no solo el estudio del Derecho Internacional sino su difusión. Por eso hemos tomado la decisión de celebrar 2 de las sesiones del Congreso en dos diferentes universidades nicaragüenses a la cual se han invitado a profesores y alumnos para que se impongan de la discusión de las ponencias. Con ese propósito nos trasladaremos mañana a la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN), que es la decana de nuestras universidades fundada por decreto de las Cortes de Cádiz en 1812. Y el próximo Jueves sesionaremos en la Universidad Centroamericana (UCA) que es la universidad privada más antigua del país y de Centroamérica fundada por los Jesuitas en 1960.

Y por último, un detalle de gran importancia. Nuestro Secretario General, Profesor y Dr. Prometeo Cerezo de Diego, cumple 25 años de haber sido electo a ese honroso pero laborioso cargo en Nuestro Instituto, y creo de justicia elemental dedicarle un saludo muy especial en esta ocasión.

Señoras y Señores, no me resta más que desearles una exitosa deliberación y una feliz estadía en esta tierra de lagos y volcanes.

Muchas gracias.

CUESTIONES ORGANIZATIVAS DEL XXVIII CONGRESO

CONSEJO DIRECTIVO

PRESIDENTE

Carlos Argüello Gómez (Nicaragua)

DIRECTORES

Miguel Ángel Espeche Gil (Argentina) *

Fredys Orlando Sorto (Brasil) *

María Teresa Infante Caffi (Chile) **

Manuel Ventura Robles (Costa Rica) **

Iñigo Salvador Crespo (Ecuador) *

Alfredo Martínez Moreno (El Salvador) *

Pedro de Miguel Asensio (España) *

Beatriz Ramacciotti (Perú) **

Roberto Aponte Toro (Puerto Rico) **

María del Luján Flores (Uruguay) **

SECRETARIO GENERAL

Prometeo Cerezo de Diego (España)

NUEVOS MIEMBROS Y ASOCIADOS DEL IHLADI

En las elecciones estatutarias celebradas el día 15 de noviembre de 2014 resultaron elegidos los siguientes tres MIEMBROS, que obtuvieron la mayoría absoluta de los votos:

Graciela Salas (Argentina)

Eduardo Picand Albónico (Chile)

Pablo Antonio Fernández Sánchez (España)

Igualmente fueron elegidos los siguientes doce ASOCIADOS:

Rodríguez Veltzé, Eduardo E. (Bolivia)

Franca Filho, Marcílio Toscano (Brasil)

* Su mandato concluye en 2016.

** Su mandato concluye en 2018.

Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier (Chile)
 Espaliat Larson, Astrid Luisa (Chile)
 Abelló Galvis, Ricardo (Colombia)
 Prieto San Juan, Rafael Arturo (Colombia)
 Acevedo Peralta, Ricardo (El Salvador)
 Vega Masís, César (Nicaragua)
 Molina, Walner Abraham (Nicaragua)
 Saborío, Julio César (Nicaragua)
 Melo Galvão Teles, Patricia Laidley (Portugal)
 Betancourt Catalá, Milagros (Venezuela)

RELACION DE PARTICIPANTES

(MH) Miembro de honor
 (M) Miembro
 (A) Asociado
 (O) Observador

ARGENTINA

Zlata Drnas de Clément (M)
 Miguel Ángel Espeche Gil (M)
 Hortensia Gutiérrez Posse (M)
 Arturo Pagliari (M)
 Graciela R. Salas (M)
 Oscar Benítez (A)

BOLIVIA

Eduardo E. Rodríguez Veltzé (A)

BRASIL

Fredys Orlando Sorto (M)

CHILE

Rose Cave (M)
 María Teresa Infante Caffi (M)
 Hugo Llanos Mansilla (M)

Eduardo Picand Albónico (M)
 Gonzalo Aguilar Cavallo (A)
 Astrid Espaliat Larson (A)
 Hugo Ignacio Llanos Mardones (A)

COLOMBIA

Rafael Nieto Navia (M)
 Ricardo Abelló Galvis (A)

ECUADOR

Rodolfo Ceprián Molina (M)
 Oswaldo Molestina Zavala (M)

EL SALVADOR

Alfredo Martínez Moreno (MH)
 Ana Elizabeth Villalta Vizcarra (M)
 Ricardo Acevedo Peralta (A)

ESPAÑA

Rubén Carnerero Castilla (M)
 Prometeo Cerezo de Diego (M)
 Pablo Antonio Fernández Sánchez (M)
 Santiago Torres Bernárdez (M)
 Ana Gemma López Martín (A)
 Antonio Remiro Brotóns (A)
 M^a del Rosario Camprubí (O)

NICARAGUA

Carlos Argüello Gómez (M)
 Orlando Mejía Herrera (M)
 Mauricio Ramón Herdocia Sacasa (A)
 Walner Abraham Molina (A)
 Juan Álvaro Munguía Álvarez (A)
 Julio César Saborío (A)

César Vega Masís (A)
 Víctor Hugo Blanco Fonseca (O)
 Sherly Noguera de Argüello (O)

PERU

Luis García-Corrochano (M)
 Beatriz M. Ramacciotti (M)

PUERTO RICO

Roberto Aponte Toro (M)

URUGUAY

Jean Michel Arrighi (M)
 María del Luján Flores (M)
 Carlos Alberto Mata Prates (A)
 Carlos Sapriza Flores (A)

VENEZUELA

Adolfo P. Salgueiro (M)

COMISIONES DEL XXVIII CONGRESO

La *Primera Comisión*, sobre “Comentarios a ciertas cuestiones de procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia”, quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Santiago Torres Bernárdez (España)
 Ponente: Carlos Argüello Gómez (Nicaragua)
 Secretario: Antonio Remiro Brotóns (España)

La *Segunda Comisión*, sobre “El Estado frente a su jurisdicción territorial. Enseñanzas de la jurisprudencia”, quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidenta: Rose Cave (Chile)
 Ponente: María Teresa Infante Caffi (Chile)
 Secretario: Orlando Herrera Mejía (Nicaragua)

La *Tercera Comisión*, sobre “La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado”, quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Adolfo Salgueiro (Venezuela)
 Ponente: Ana Elizabeth Villalta (El Salvador)
 Secretario: Oscar Benítez (Argentina)

La *Cuarta Comisión*, sobre “Las cláusulas de elección de ley y elección de foro en los contratos internacionales”, quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Fredys Orlando Sorto (Brasil)
 Ponente: Eduardo Picand Albónico (Chile)
 Secretaria: Graciela Salas (Argentina)

**CONCLUSIONES
DEL XXVIII CONGRESO**

I COMISIÓN

COMENTARIOS A CIERTAS CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

El XXVIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional,

Ha adoptado las siguientes

CONCLUSIONES

Para garantizar la igualdad de los participantes en el proceso, la Corte Internacional de Justicia debería tomar todas las medidas a su alcance de conformidad con el Estatuto, incluyendo la revisión de su Reglamento si fuese necesario. Con este propósito la Corte debería tomar en consideración las situaciones que pueden afectar la igualdad de las Partes, incluyendo las que a continuación se indican.

1. La Corte debe hacer lo posible para que ambas Partes puedan verificar las pruebas presentadas por la otra y, si eso no es posible, la Corte debe verificarlas directamente por medio de peritos y expertos, para lo cual la Corte debe contar con recursos suficientes.

2. La constitución de salas especiales integradas a solicitud de las Partes puede ocasionar desigualdad procesal en ciertas circunstancias.

Por esta razón la Corte debe estudiar el regreso de las disposiciones del Reglamento en cuanto a la manera de integrar salas especiales a la situación imperante antes de las reformas llevadas a cabo sobre este asunto en 1972 y 1978.

3. En los casos en que una de las Partes no comparezca ante la Corte, debe garantizarse la igualdad procesal de las mismas, sin que esto signifique que la Corte o sus Miembros puedan sustituir a la no compareciente ni otorgarle mayores facilidades procesales que si hubiese comparecido.

4. La fase oral es la que mayores dificultades ocasiona a las Partes por su alto coste económico y porque acentúa los problemas de las Partes cuyo idioma no es uno de los oficiales de la Corte.

Por ende sería conveniente que, al menos en lo que hace al idioma español, se adoptasen las medidas presupuestarias pertinentes para que la Corte contase con interpretación y traducción a este idioma cuando las partes lo requiriesen.

Se considera que la reducción de la extensión de los alegatos orales - sin lesionar el derecho a la presentación de cualquier prueba oral - tendería a equiparar procesalmente a las Partes en litigio.

II COMISIÓN

EL ESTADO FRENTE A SU JURISDICCIÓN TERRITORIAL. ENSEÑANZAS DE LA JURISPRUDENCIA

El XXVIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional,

Considerando:

Que el concepto de jurisdicción del Estado se refiere a un poder jurídico reconocido por el derecho internacional, que involucra elementos relativos al título por el cual un Estado es autorizado para actuar de forma exclusiva, plena e inviolable;

Que este poder jurídico se manifiesta en la capacidad de establecer normas, ejecutar, juzgar y hacer cumplir lo juzgado teniendo en cuenta el derecho recíproco de otros Estados;

Que el derecho internacional ha desarrollado instrumentos para hacer compatible la actuación de los Estados en el ámbito internacional mediante principios y normas consuetudinarias, así como instrumentos convencionales;

Que los mencionados instrumentos convencionales a menudo suponen una obligación de establecer bases de jurisdicción sobre delitos que afectan intereses de la comunidad internacional;

Que el ejercicio de la jurisdicción se observa en distintos ámbitos según sea el impacto de la acción del Estado, así como los hechos que aquel pretende afectar jurídicamente y su relevancia para la comunidad internacional;

Ha adoptado las siguientes

CONCLUSIONES

1. En el Derecho internacional contemporáneo adquiere relevancia desarrollar instrumentos destinados a compatibilizar el derecho a ejercer una jurisdicción plena con el derecho equivalente de otros Estados y con las obligaciones internacionales asumidas en el plano internacional.

2. En el ámbito extraterritorial, conceptos tales como la existencia de un vínculo efectivo o la teoría del efecto respecto del Estado que pretende ejercer jurisdicción, particularmente de orden prescriptivo y de preferencia en materia económica, pueden ser considerados entre los factores necesarios para el ejercicio de una jurisdicción en dicho ámbito.

3. El ejercicio por el Estado de la facultad de asumir jurisdicción universal sobre crímenes de derecho internacional plantea la necesidad de profundizar los elementos que precisan aplicación con carácter subsidiario a la jurisdicción territorial.

4. El principio *aut dedere aut judicare* constituye una expresión del desarrollo del derecho internacional contemporáneo, particularmente frente a violaciones graves de derechos y libertades fundamentales.

III COMISIÓN

LA PROTECCIÓN DE BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

El XXVIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional,

Considerando:

Que los bienes culturales gozan de la protección de normas generales, sean ellas convencionales, consuetudinarias o de otro carácter;

Que los Estados tienen obligaciones internacionales de carácter transversal para la protección de los bienes culturales, además de la normativa específica correspondiente;

La necesidad de adoptar un marco jurídico adecuado que permita prevenir, minimizar o evitar las pérdidas de los bienes culturales en caso de con-

flictos armados, así como de implementar las medidas necesarias requeridas a los mismos fines en tiempos de paz

Ha adoptado las siguientes

CONCLUSIONES

1. Exhortar a los Estados, que aún no lo hayan hecho, a expresar sus sentimientos en obligarse por los instrumentos internacionales sobre la materia así como a aquellos que son parte en dichos instrumentos a dar pleno cumplimiento a las obligaciones asumidas.

2. Exhortar a los Estados a fortalecer la protección de los bienes culturales en tiempos de paz, teniendo en cuenta su evolución conceptual, así como las nuevas tecnologías y modos de protección de los bienes culturales.

3. Exhortar a los Estados a que identifiquen e inventarién sus bienes culturales de protección general, especial y reforzada, en tiempos de paz.

4. Instar a todos los actores en caso de conflicto armado a poner un especial cuidado en la protección de los bienes culturales

IV COMISIÓN

LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE LEY EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

El XXVIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional,

Considerando el incremento de las relaciones contractuales internacionales en el mercado global,

Teniendo en cuenta la evolución y desarrollo de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional,

Reconociendo la creciente tendencia a incorporar cláusulas de elección de ley en los contratos internacionales,

Recordando la necesidad de uniformar el Derecho aplicable a los contratos internacionales en el derecho interno de los Estados,

Ha adoptado las siguientes

CONCLUSIONES

1. Los contratos internacionales se rigen por el derecho elegido por las partes, el cual podrá manifestarse expresamente o resultar de manera evidente e inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

2. Se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de conflicto.

3. La selección de un determinado foro por las partes no supone necesariamente la elección del derecho aplicable al contrato.

4. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por un derecho distinto de aquél que lo regía con anterioridad, pero en tal caso dicha modificación no alterará la validez formal del contrato o los derechos de terceros.

5. Las partes pueden acordar la elección de derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, aun cuando la normativa elegida no tenga conexión con él.

6. El derecho aplicable al contrato regulará principalmente: a) los derechos y las obligaciones de las partes y su ejecución; b) la interpretación; c) los modos de extinguir las obligaciones; d) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.

7. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el juez o el árbitro aplicará el derecho del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos.

8. El derecho elegido podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro y a las demás normas imperativas internas e internacionales que sean aplicables.

9. A falta de elección del derecho aplicable al fondo, los árbitros deberán aplicar directamente las normas materiales del ordenamiento jurídico que guarde una relación más estrecha con el contrato, teniendo en cuenta los usos y prácticas comerciales generalmente aceptadas en el comercio internacional.

10. Exhortar a la Organización de los Estados Americanos, así como a otros organismos internacionales, para que elabore una Ley Modelo sobre derecho aplicable a los contratos internacionales que contribuya a que los legisladores actualicen las normativas internas en esta materia.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

**NORMAS GENERALES DE PUBLICACIÓN DEL
ANUARIO HISPANO LUSO-AMERICANO DE DERECHO
INTERNACIONAL (AHLADI)**

1. El *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* está abierto a la publicación de trabajos científicos originales sobre Derecho internacional de los que sean autores tanto los miembros y asociados del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional como cualquier especialista en la materia ajeno al mismo.

2. Los originales deberán presentarse antes del 31 de mayo de cada año impar, en formato WORD. Los trabajos tendrán una extensión máxima de 40 páginas (a doble espacio, en DIN A-4, y letra Times New Roman 12 para el texto y 10 para las notas a pie de página). En la primera página deberá figurar el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o autores, seguido de su condición de miembro o asociado del Instituto y, en su caso, su filiación institucional o el nombre del centro de trabajo, así como un sumario en el cual se recogerán todos los epígrafes y subepígrafes del trabajo.

3. Los trabajos deberán remitirse acompañados de un resumen en español y en inglés, de una extensión máxima de 500 palabras, así como hasta 5 palabras clave. El título del trabajo y las palabras claves también deberán presentarse en ambos idiomas.

4. Los originales deberán estar redactados en español o en portugués.

5. Sólo se publicarán trabajos originales inéditos. Los trabajos aceptados para su publicación en el Anuario podrán ser reproducidos en otra publicación haciendo constar en nota a pie de página la referencia completa del *AHLADI* en el que fueron inicialmente publicados.

6. Se deberá aplicar el siguiente sistema de referencias bibliográficas. Cada vez que se cite por primera vez, se indicará para los libros y en este orden: nombre (sólo las iniciales) y apellidos del autor en minúsculas; título completo de la obra, en cursiva; número de la edición en su caso; lugar y fecha de publicación; y páginas a las que se refiere la cita. Ej.: J.A. Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid 2004, pp. 123-129.

Para los artículos de revistas (o capítulos de libros) se indicará y por este orden: nombre (sólo las iniciales) y apellidos del autor en minúsculas; título completo del artículo entre comillas; título de la revista (o título completo del libro) en cursiva; número, tomo o volumen, y año de publicación; número de página inicial y final en las que se encuentre el trabajo; y páginas a las que se

refiere. Ej.: A. Gómez Robledo, "La Convención de Ginebra sobre la plataforma continental", *AHLADI*, vol. 1, 1959, 62-69, pp. 65-66.

7. Los títulos de las obras y de los artículos citados deberán indicarse siempre en su lengua original. Tampoco se traducirán las citas textuales en otras lenguas. Se proporcionará en texto y notas, siempre que sea posible, la versión oficial de los casos y textos normativos citados.

8. Todos los originales presentados se someterán a la correspondiente evaluación científica, a cargo de dos expertos ajenos al Instituto, quienes decidirán sobre la conveniencia de su publicación, atendiendo a los objetivos, la metodología y los resultados obtenidos por el trabajo. En el proceso interno de evaluación se garantizará el anonimato.

En el plazo máximo de 45 días desde la recepción del original el Anuario comunicará al autor la aceptación o rechazo del mismo, proponiéndole, en su caso, las modificaciones o mejoras necesarias para su posible publicación. El tal caso, el autor dispondrá de un nuevo plazo de 10 días para volver a enviar el original modificado.

Una vez aceptado el original, se entenderá como definitivo y no podrá ser modificado por el autor.

9. Los autores no recibirán honorarios; sólo un ejemplar del *Anuario* que contenga su contribución.

10. Los originales destinados a la publicación, los libros para reseña y toda la correspondencia deberá dirigirse a la Redacción del *AHLADI*, en la siguiente dirección: Prof. Prometeo Cerezo de Diego. Real Centro Universitario "Escorial-M^a Cristina". 28200 SAN LORENZO DE EL ESCORIAL (Madrid - España). Correo electrónico: ihladi@rcumariacristina.com

NORMAS GERAIS DE PUBLICAÇÃO DO ANUARIO HISPANO LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL (AHLADI)

1. O Anuário Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional está aberto à publicação de trabalhos científicos originais sobre Direito internacional dos que sejam autores tanto os membros e sócios do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional como qualquer especialista na matéria alheio ao mesmo.

2. Os originais devem ser apresentados antes de 31 de maio de cada ano ímpar, em formato WORD. As obras terão um comprimento máximo de 40

páginas (com espaçamento duplo, DIN-4 e fonte Times New Roman 12 para o texto e notas de rodapé de página 10). A primeira página deve incluir o título do trabalho, nome e sobrenome do autor ou autores, seguidos de seu status como membro ou associado do Instituto e, no seu caso, sua filiação institucional ou o nome de centro de trabalho, bem como um resumo que inclui todos os títulos e subtítulos do trabalho.

3. O trabalho deve ser apresentado acompanhado de um resumo em espanhol e inglês, de um comprimento máximo de 500 palavras e até 5 palavras-chave. O título do trabalho e palavras-chave também deve ser apresentado em ambos os idiomas.

4. Os originais devem ser escritos em espanhol ou Português.

5. Só inéditas originais trabalhos serão publicados. Artigos aceitados para publicação no anuário podem ser reproduzidos em outra publicação, afirmando em nota de rodapé a referência completa da *AHLADI* que foram inicialmente publicados de página.

6. É aplicável o seguinte sistema de referências bibliográficas. Sempre que é citado pela primeira vez, será indicado para livros e nesta ordem: nome completo do (somente iniciais) do autor em letras minúsculas; título completo do trabalho, em itálico; número da edição no seu caso; local e data de publicação; e páginas referidas na citação. Ex.: J.A. Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid 2004, pp. 123-129.

Para indicar os artigos de jornal (ou capítulos de livros) e, nesta ordem: nome completo do (somente iniciais) do autor em letras minúsculas; título completo do artigo em aspas; título da revista (ou o título completo do livro) em itálico; número, volume ou volume e ano de publicação; número de página e o final que é o trabalho; e páginas a que se refere. Exemplo: A. Gómez Robledo, "La Convención de Ginebra sobre la plataforma continental", *AHLADI*, vol. 1 (1959), 62-69, pp. 65-66.

7. Os títulos das obras e dos artigos citados deverão ser indicados no idioma original. Também não serão objeto de tradução as citações textuais em outros idiomas. Proporcionar-se-á em texto e notas, sempre que seja possível, a versão oficial dos assuntos e dos textos normativos citados.

8. Todos os originais apresentados está sujeita a correspondente avaliação científica, realizada por dois especialistas externos ao Instituto, que vão decidir sobre a conveniência de sua publicação, de acordo com os objetivos, a metodologia e os resultados obtidos com o trabalho. No processo de avaliação interno ser garantido o anonimato. No prazo máximo de 45 dias a contar da recepção do Anuário original deve notificar o autor a aceitação ou rejeição

do mesmo, propondo, se for caso disso, as modificações ou melhorias necessárias para possível publicação. Nesse caso, o autor terá um novo prazo de 10 dias para reenviar o original modificado.

Uma vez aceito o original, ser entendido como final e não pode ser modificado pelo autor.

9. Os autores não receberão honorários; apenas uma cópia do anuário que contém a sua contribuição.

10. Os originais destinados à publicação, os livros e os artigos para comentários e toda a correspondência devem ser dirigidos a Prof. Prometeo Cerezo de Diego. Real Centro Universitario "Escorial-M^a Cristina". 28200 SAN LORENZO DE EL ESCORIAL (Madrid - España). E-mail: ihladi@rcumariacristina.com

GENERAL RULES FOR PUBLICATION IN THE ANUARIO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL (AHLADI)

1. The *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (AHLADI) is opened for the publication of scientific original works on International Law of those who are authors both the members and partners of the Institute Hispano-Luso-Americano of International Law and any specialist in the matter foreign to the same one.

2. Manuscripts must be submitted by 31 March each odd year, in WORD format. The maximum length for contributions is 40 pages (A-4 paper, double-spaced, using Times New Roman 12 for text and 10 for footnotes). The first page should show the title of the contribution, the full name of the author or authors, followed by his condition of member or partner of the Institute and, in his case, his institutional affiliation or the name of the centre of work, as well as a summary listing all the headings and subheadings used in the manuscript [I.; 1.; A); a),...].

3. The articles must be submitted accompanied by a summary in Spanish and English, with a maximum of 500 words and up to 5 keywords. The job title and keywords should also be provided in both languages.

4. Manuscripts must be written in Spanish or Portuguese.

5. Only original works will be published unedited. Papers accepted for publication in the Yearbook may be reproduced in another publication stating

in footnote reference page complete AHLADI in which they were originally published

6. The accepted format for references to the literature is as follows. Whenever you cite for the first time, indicate to the books in this order: name (only initials) and surname in lower case, full title of the work, in italics, number of the issue in your case, place and date of publication, and pages referred to the appointment, e.g. J.A. Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid 2004, pp. 123-129.

For journal articles (or book chapters), the note should state, in the given order: first name (only initials) and surname of the author in lowercase; full title of the article, in quotation marks; the generally-accepted abbreviation of the title of the journal (or book full title) in italics, according to the abbreviations list within the *Yearbook*; number, issue or volume and year of publication (into brackets); the first and last page numbers of the article quoted; pages referred to, e.g. A. Gómez Robledo, "La Convención de Ginebra sobre la plataforma continental", *AHLADI*, vol.1 (1959), 62-69, pp. 65-66.

7. Titles of books and articles shall be quoted in the original language. Literal quotations in other languages shall not be translated in order to avoid back-translation. Whenever possible the cases and normative texts quoted should be the official versions.

8. All manuscripts submitted will be subject to the relevant scientific evaluation by two experts from outside the Institute, who will decide on the advisability of publication, depending on the objectives, methodology and results of the work. In the internal evaluation process will ensure anonymity.

Within 45 days from receipt of the original author *Anuario* notify the acceptance or rejection of it, proposing, if any, modifications or improvements needed for publication. On this case, the author will have a further 10 days to re-send the original modified.

Upon acceptance of the original, shall be construed as definitive and cannot be modified by the author.

9. The authors receive no fees, just a copy of the yearbook containing your contribution.

10. Manuscripts to be published, books and articles for review and all correspondence shall be sent to the editors of the *AHLADI* at the following address: Prof. Prometeo Cerezo de Diego. Real Centro Universitario "Escorial-M^a Cristina". 28200 SAN LORENZO DE EL ESCORIAL (Madrid - España).

E-mail: ihladi@rcumariacristina.com

